

Universidad Autónoma de Madrid
Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica
Área de Derecho Financiero y Tributario

**LAS NORMAS GENERALES ANTIELUSION EN LA
JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA ESPAÑOLA Y
EUROPEA**

Tesis doctoral

AUTOR DOCTORANDO: D. Abelardo Delgado Pacheco

DNI: 02096579Z

Licenciado en Derecho con Diploma de Estudios Avanzados

DIRECTOR: Dr. D. Juan Arrieta Martínez de Pisón

MADRID - abril de 2017

ÍNDICE

1. INTRODUCCION	1
2. LAS NORMAS GENERALES ANTIELUSIÓN EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA	7
2.1 Significado de las llamadas normas o cláusulas generales antielusión o antiabuso en los ordenamientos tributarios	7
2.2 El concepto de norma general antielusión o antiabuso	8
2.3 El límite con la economía de opción	12
2.4 La interpretación de la norma tributaria como marco de referencia	17
2.5 El principio de calificación	21
2.6 Los negocios simulados y el concepto de simulación en el ordenamiento tributario	32
2.6.1 La simulación en el artículo 16 de la LGT	32
2.6.2 El concepto de simulación	36
2.6.3 Una primera aproximación a la simulación tributaria	40
2.7 El fraude de ley y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria	44
2.7.1 El fraude de ley en el artículo 24 de la LGT 1963	44
2.7.2 Los antecedentes del artículo 15 de la LGT en el Derecho comparado	51
2.7.3 El contenido del conflicto en la aplicación de la norma tributaria	57
2.7.4 El problema de la punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria	64
2.8 La prescripción en el caso de liquidaciones derivadas de la aplicación de estas normas antielusión	74

3. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS ANTIELUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL	77
3.1 Breve introducción histórica	77
3.1.1 Los precedentes iniciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	77
3.1.2 La doctrina preliminar del TEAC	82
3.2 El desbordamiento penal de la aplicación de la simulación	91
3.3 Primera etapa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2000-2007)	97
3.3.1 El caso de los seguros de vida a prima única	97
3.3.2 El caso de las ventas a plazos previas a las ventas al contado a un tercero. Tratamiento en general de las operaciones instrumentadas en el seno de un grupo familiar o de empresas antes de una enajenación o transmisión	103
3.3.3 El caso de las obligaciones bonificadas en la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo	114
3.3.4 La doctrina del rechazo de pretendidas ventajas fiscales sin invocación de una norma antielusión concreta. El caso de los bonos austriacos como ejemplo de esta técnica y su solución por el Tribunal Supremo en el ámbito de la interpretación	116
3.4 Segunda etapa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2008-2012)	121
3.4.1 Líneas generales de esta jurisprudencia	121
3.4.2 El caso “Chocolates Hueso” y otras sentencias coetáneas	122
3.4.3 Los casos relativos a la cesión de derechos de imagen y a operaciones de “lease back”	138
3.4.4 El caso “Inmobiliaria de la Universidad de Navarra”	141

3.4.5	El uso alternativo de las normas antielusión y el intento de ordenación de la Sentencia de 30 de mayo de 2011 (caso “Construcciones Sánchez Domínguez”)	144
3.4.6	El final de esta etapa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	154
3.5	La etapa final en la construcción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2013-2017)	158
3.5.1	Las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2013 y 24 de octubre de 2013	158
3.5.2	La definitiva expansión de la simulación en la jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo. Los casos “Hospital Recoletas de Castilla y León” y “Dorna Sports”	164
3.5.3	El impacto del caso de las compras intragrupo apalancadas	186
3.5.4	Dos últimas sentencias: casos “Peugeot Citroen” y Abertis	214
3.6	Conclusiones preliminares	223
4.	LA DOCTRINA DEL TJUE. ABUSO DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, MONTAJES PURAMENTE ARTIFICIALES Y LUCHA CONTRA LA EVASION FISCAL	230
4.1	La noción de abuso de derecho en la jurisprudencia previa del TJUE	230
4.1.1	Los precedentes iniciales	230
4.1.2	Los casos Kefalas y Centros	232
4.1.3	El caso Emsland-Stärke GMBH	234
4.2	La primera elaboración de la noción de abuso de derecho en el ámbito tributario: los casos Halifax y Cadbury Schweppes	237
4.2.1	Precedentes inmediatamente anteriores	237
4.2.2	El caso Halifax	238
4.2.3	El caso Cadbury Schweppes	242

4.2.4	El caso Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation	247
4.2.5	Otras sentencias relevantes del TJUE antes de Weald Leasing y RBS	248
4.3	La doctrina posterior del TJUE	255
4.3.1	El caso Weald Leasing	256
4.3.2	El caso RBS	258
4.3.3	Los casos Tanoarch y Newey	260
4.3.4	Otras sentencias posteriores relevantes del TJUE	262
4.4	La doctrina del TJUE específicamente referida a la lucha contra ciertos fraudes en la aplicación del IVA	265
4.4.1	Introducción	265
4.4.2	Los casos Optigen, Federation of Technological Industries y Axel Kittel y Recolta	266
4.4.3	Los Casos Teleos, Albert Collée y Twoh International BV	267
4.4.4	El caso Italmoda	268
4.5	Las prácticas abusivas en materia tributaria y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima	272
4.6	Conclusiones preliminares	272
5.	LA RECEPCION DE LAS NORMAS GENERALES ANTIELUSION EN EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA	279
5.1	Actuaciones iniciales de la Comisión	279
5.2	La norma antielusión incorporada a la Directiva matriz-filial	282
5.3	La Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016	284
5.3.1	La relación entre la Directiva ATAD y el proyecto BEPS de la OCDE	284
5.3.2	La norma antiabuso del artículo 6º de la Directiva ATAD	297
5.4	Las últimas etapas normativas en esta evolución	308

6.	CONCLUSIONES	313
6.1	La aplicación de las normas generales antielusión en el ordenamiento tributario español	313
6.2	La cuestión en el Derecho de la Unión Europea	317
6.3	Crítica de la situación actual de la aplicación de las normas antielusión en nuestro ordenamiento	320
6.4	La posible evolución de las normas generales antielusión	329

1. INTRODUCCION

Las normas generales antielusión o antiabuso cumplen en el Derecho tributario la trascendental misión de asegurar la aplicación correcta del sistema tributario en su conjunto, evitando que esa aplicación se vea alterada por la realización de actos o negocios dirigidos a obtener una aplicación de ese sistema fiscal contraria a la coherencia del mismo. Durante los últimos años, hemos asistido a una evolución de los sistemas fiscales que desde esta perspectiva ha estado caracterizada por tres notas fundamentales:

- a) En primer lugar, hemos presenciado una reacción social y política frente a lo que se ha entendido como frecuentes prácticas de planificación fiscal de algunos contribuyentes para evitar su correcta contribución al sostenimiento de los gastos públicos.
- b) Esta reacción ha dado lugar, entre otros muchos efectos, a una utilización más generalizada de normas antielusión, tanto específicas como generales, tanto en la aplicación de los ordenamientos domésticos como del sistema fiscal internacional. En particular, hemos asistido a la codificación de normas generales antielusión tanto en muchos ordenamientos nacionales como en el Derecho tributario internacional, así como a la consideración como un principio general de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal en todas sus diferentes manifestaciones.
- c) Finalmente, comenzamos a sentir ya las dificultades de esta tarea en lo que se refiere a los resultados de la aplicación de las normas generales antielusión, cuando, como es el caso, éstas se conciben sobre la base de la artificiosidad de las operaciones y del propósito fiscal de las mismas. Tales normas descansan muchas veces en un sistema de valores sociales de límites no tan precisos, de forma que resulta difícil ir elaborando unos criterios de aplicación de estas normas, doctrinas o principios que respeten al mismo tiempo la seguridad jurídica, la innovación empresarial y la correcta distribución de las cargas tributarias. Dicho de otro modo, no es fácil asegurar una aplicación del sistema tributario que encaje con el respeto de todos los valores constitucionales y sociales en juego.

El presente trabajo parte de la tesis de que, con independencia de su origen, legal o jurisprudencial, la aplicación y elaboración de las normas generales antielusión es inevitablemente una tarea de los Tribunales de Justicia. Estas normas son un ejemplo claro de aquellas normas jurídicas que reflejan principalmente principios generales, de modo que su aplicación en masa requiere una depuración de aquellas y la construcción de una doctrina jurisprudencial que, caso a caso, pero sin perder la sistemática y visión general, nos permita disponer finalmente de unos criterios jurisprudenciales que proporcionen un grado suficiente de certeza en la aplicación de estas normas

antielusión. Si miramos hacia atrás, tal vez más de treinta años, creemos poder llegar a la conclusión de que en efecto ha sido la jurisprudencia, al revisar la práctica administrativa, la que ha terminado construyendo una doctrina antielusión en el ámbito tributario. Ahora bien, pensamos que esta realidad nos exige de inmediato algunas matizaciones.

En el caso de España, no podemos dejar de resaltar la trascendencia de la Ley General Tributaria de 2003 (Ley 58/2003, de 17 de diciembre; en adelante LGT 2003 o LGT). Esta ley supuso una modernización general de las normas generales y procedimentales de nuestro sistema tributario. En particular, la LGT modificó la regulación de las normas antielusión y, sobre todo, incorporó una institución novedosa, el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria, recogido en el artículo 15 de la LGT, que vino a sustituir al fraude de ley como institución prevista en el artículo 24 de la LGT anterior (en adelante LGT 1963).

Por otra parte, la construcción jurisprudencial de la doctrina antielusión ha sido tan relevante y extensa como afectada por una cierta falta de claridad y por las consecuencias de la evolución de la propia realidad social. Nuestro Tribunal Supremo ha construido una amplia jurisprudencia sobre las normas generales antielusión elaborando una verdadera doctrina sobre la elusión tributaria. Posiblemente estemos ante el ámbito del Derecho tributario con un mayor número de pronunciamientos del Tribunal Supremo en los últimos años. Sin embargo, tal vez, esta jurisprudencia muestra en mayor medida de la deseable cuáles son los riesgos de la construcción caso a caso de una doctrina jurídica. Para poder extraer criterios precisos a partir de sucesivas decisiones puntuales, éstas han debido observar una notable coherencia interna y una línea de razonamiento que haya permitido paso a paso la construcción de ese edificio final. Si se cae en el casuismo, el resultado adolece necesariamente de imprecisión y por ello no proporciona la buscada certeza.

Por último, en este camino se ha cruzado además un doble proceso más allá del ámbito nacional español. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) decidió entrar asimismo en un proceso de construcción jurisprudencial de una doctrina antiabuso en el ámbito tributario. Este hecho plantea de inmediato la necesidad de saber si el TJUE y nuestro Tribunal Supremo siguen o no pautas similares en sus respectivas tareas al abordar el fenómeno de la elusión tributaria. Por otro lado, la OCDE, a partir de 2013, lanza su proyecto BEPS (*“Base Erosion and Profit Shifting”*) que trata de dar una respuesta a la preocupación social y política derivada de la percepción del fraude fiscal internacional. Este proyecto incluye intentos de elaborar y codificar normas generales antielusión en el Derecho tributario internacional. Y, por añadidura, este proyecto ha desencadenado toda una serie de acciones en el plano internacional y en el de la Unión Europea con el mismo propósito.

De esta manera, nuestro trabajo de investigación se divide en tres grandes partes. Nos centraremos en primer lugar en la exposición y análisis del régimen legal de las normas generales antielusión en la LGT. Esta primera parte comprende el apartado segundo del índice y en ella haremos una exposición de todos los aspectos de este régimen, incluidos los de carácter procedimental. Sin embargo, no profundizaremos en la cuestión central de qué negocios pueden verse afectados por la aplicación de estas normas, pues asumimos que ese ámbito de aplicación de las normas antielusión resulta de la jurisprudencia a examinar en los capítulos siguientes.

En esta parte de la investigación, partiremos de tres premisas. En primer lugar, sostendremos que las normas generales antielusión no se pueden entender limitadas al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, recogido en el artículo 15 de la LGT. Los artículos 13, 15 y 16 de la LGT han de ser vistos, a nuestro juicio, como un conjunto de normas que responden a una misma finalidad y que suponen realmente la norma antielusión prevista en el ordenamiento tributario español. Esta asunción se ve luego confirmada por la aplicación que de estos preceptos han hecho los tribunales españoles, los cuales han aplicado estas normas en cierto modo indistintamente frente a supuestos de elusión fiscal.

En segundo lugar, entenderemos que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria ha venido a reemplazar al fraude de ley absorbiendo esta institución. A pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la LGT, no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo que interprete el artículo 15 de la LGT. En realidad, no hay aún ninguna resolución judicial relevante sobre esta institución, salvo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 7 de noviembre de 2013 (sentencia 251/2013; recurso núm. 286/2012). Por lo tanto, la extensa jurisprudencia existente se ha construido sobre el artículo 24 de la LGT 1963 y sobre la institución del fraude de ley en el Derecho tributario. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha dado claramente a entender que no considera el fraude de ley y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria como dos instituciones distintas sino como dos normas que participan de un mismo fin y comparten pues la misma naturaleza. En realidad, el Tribunal Supremo ha reinterpretado el fraude de ley en el ámbito tributario como si fuese ya el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, es decir, una norma general antielusión basada en la artificiosidad de los negocios y el propósito fiscal de los mismos. Por lo tanto, asumimos que la jurisprudencia surgida en la aplicación del artículo 24 de la LGT 1963 mantendrá su validez en la interpretación del artículo 15 de la LGT. La propia sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja asume esta continuidad entre la jurisprudencia anterior y la interpretación luego del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Por último, nuestro análisis se limita a las normas generales antielusión, para lo que partimos de la base de distinguir entre la elusión fiscal y, por otro lado, el fraude o la evasión fiscal. Del mismo modo que la llamada planificación fiscal nada puede tener que ver con la utilización de paraísos fiscales o de otras jurisdicciones para ocultar rentas o patrimonios, nuestro análisis asume que las normas antielusión se enfrentan a actos o negocios conocidos por la Administración tributaria que no suponen la pura ocultación de rentas o patrimonios aunque sí puedan llegar a suponer la ocultación de la intención de las partes o de los pactos verdaderamente existentes entre ellas. Por supuesto, como consecuencia de esta asunción, entendemos también que en muchas ocasiones dista de ser clara la delimitación entre estas diferentes figuras.

La segunda parte de la investigación, que se corresponde con el apartado tercero del índice, es el fruto del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre estas normas generales antielusión hasta la actualidad. Si históricamente fue escasa la aplicación de estas normas, el cambio de la realidad social y económica en España, durante los años ochenta del siglo pasado, va a plantear ya inevitablemente la cuestión de los negocios realizados con el propósito de obtener determinadas ventajas fiscales. La aparición de tales negocios conducirá a la reacción de la Administración tributaria y tal reacción llegará a los Tribunales de Justicia.

Inicialmente, las primeras resoluciones judiciales van a surgir muchos años después de la realización de los actos o negocios controvertidos. Así, aquellos negocios de los años ochenta, llegaron a nuestro Tribunal Supremo a principios de este siglo, viniendo esta llegada precedida de algunas sentencias y resoluciones decisivas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC). Ahora bien, desde entonces, tras esas primeras sentencias, el Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias sobre la aplicación de las normas antielusión contenidas en la LGT, formando una jurisprudencia no exenta de contradicciones internas como ya hemos tenido ocasión de apuntar. En cualquier caso, el análisis de esta jurisprudencia es imprescindible para saber cuál es la aplicación real de las normas generales antielusión de la LGT. En el ámbito de estas normas resulta especialmente cierta la vieja afirmación de que el Derecho real es el que resulta de su aplicación por los Tribunales de Justicia.

En este apartado limitaremos nuestra investigación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aunque en un primer momento fueron relevantes tanto el papel del TEAC como el de la Audiencia Nacional, lo cierto es que lo relevante estos últimos años ha sido la jurisprudencia creada por el Tribunal Supremo, fruto además de la mayor rapidez conseguida en la resolución de los recursos de casación por la Sala Tercera del Alto Tribunal. Todo ello sin perjuicio de citar también algunas resoluciones significativas de los tribunales inferiores y de ser conscientes de que tras esta tarea inicial del Tribunal Supremo y habiendo

cambiado la regulación del propio recurso de casación, puede suceder que en los próximos años vuelva a ser determinante la aplicación que de estas normas hagan el TEAC y la Audiencia Nacional.

A nuestros efectos distinguiremos varias etapas en esa jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tras los antecedentes históricos, estudiaremos una primera etapa cuyo fin situamos en 2008. En torno a este año, el Alto Tribunal dicta varias sentencias que suponen un impulso decisivo en la aplicación de las normas generales antielusión. Tras otros casos y la peculiar Sentencia de 30 de mayo de 2011 (caso Construcciones Sánchez Domínguez), abordaremos la última etapa de esta jurisprudencia desde 2013 hasta hoy. Una etapa que va a estar condicionada por la solución dada a los casos resueltos pertenecientes a las llamadas compras apalancadas intragrupo.

La tercera parte de la investigación comprende los apartados cuarto y quinto del índice de forma que esta parte de la investigación se divide en dos, relativas respectivamente al análisis de la doctrina o jurisprudencia elaborada por el TJUE y al examen de los trabajos más recientes en la OCDE y en la Unión Europea, para la creación de normas generales antielusión basadas en la idea del propósito fiscal de las operaciones o de los motivos económicos válidos de las mismas.

El TJUE, a partir de 2006, inicia la construcción de una doctrina sobre el abuso de derecho en el ámbito tributario como verdadera norma antielusión. Desde entonces, son numerosas las sentencias del TJUE que tratan de acotar lo que sería una norma antielusión de creación judicial basada en los elementos de la interpretación finalista de las normas tributarias y la finalidad y justificación económica de las operaciones realizadas por los operadores económicos, todo ello unido a la artificiosidad de los negocios controvertidos.

Este proceso confluye en 2013 con el proyecto de la OCDE para evitar la erosión de las bases fiscales y el traslado de beneficios (*“base erosion and profit shifting project o BEPS project”*), incluyendo la Acción 6 del proyecto BEPS la propuesta de incorporar a los Convenios de Doble Imposición (CDI) una norma antielusión general basada en el llamado *“Principal Purpose Test”* (PPT). Más tarde, será la Comisión Europea la que trate de liderar la incorporación del proyecto BEPS, haciéndolo además complementario de la doctrina del TJUE en este terreno. Surgirá así la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016, la llamada Directiva ATAD, cuyo artículo 6º incorporará una norma antiabuso inspirada en la recogida en la acción 6 del Proyecto BEPS.

Esta evolución en el plano internacional ha proporcionado una enorme trascendencia al debate sobre la necesidad de incorporar a los ordenamientos tributarios un verdadero principio antielusión plasmado en una norma antielusión general. Y todo ello en el marco de una nueva realidad social en la

cual la percepción de la evasión fiscal constituye un problema político a abordar. Una realidad económica y social, sin embargo, que dista de ser estable en estos momentos en los cuales puede iniciarse una ruptura del consenso sobre la construcción de la fiscalidad internacional que ha existido a través de la OCDE desde hace más de cincuenta años.

Con todo ello, trataremos de elaborar unas conclusiones finales y comprensivas de los resultados alcanzados, mediante las que expondremos nuestro parecer acerca del punto al que se ha llegado en la concepción de esas normas antielusión tanto en España como en la Unión Europea y en el Derecho tributario internacional.

2. LAS NORMAS GENERALES ANTIELUSIÓN EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

2.1 Significado de las llamadas normas o cláusulas generales antielusión o antiabuso en los ordenamientos tributarios

La LGT 2003 incorporó a nuestro ordenamiento un esquema diferente de las llamadas normas generales antielusión en la medida en que el legislador optó por introducir el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en el artículo 15 de dicha ley. Cuando el legislador tomó esta opción, prescindiendo del distinto enfoque que suponía el llamado fraude de ley tributaria, recogido en el artículo 24 de la LGT 1963, difícilmente pudo prever que se estaba anticipando a una tendencia internacional que extendería el uso de estas normas antielusión como instrumentos para luchar contra la planificación fiscal. En realidad, el legislador español de 2003, que tal vez sin proponérselo tuvo esta visión del porvenir tributario, no pudo prever evidentemente tres ejes futuros de la evolución de la fiscalidad comparada:

- a) En primer lugar, el legislador doméstico no podía saber que el TJUE, a partir de 2006, recogería elementos de su jurisprudencia anterior sobre el abuso de derecho y la noción de motivos económicos válidos de una transacción, para construir una doctrina del abuso de derecho en el ámbito tributario dirigida a combatir aquellas transacciones que constituyeran montajes artificiales carentes de una verdadera justificación económica.
- b) En segundo lugar, menos podía saber entonces nuestro legislador que en el contexto de la crisis económica y social que se abriría en 2007, la OCDE concebiría en 2013 su proyecto BEPS que cambiaría aspectos fundamentales de la fiscalidad internacional y llevaría a la Unión Europea a incorporar a la legislación armonizada del impuesto sobre sociedades una norma general antielusión basada en la idea de la justificación económica de las operaciones y de la preeminencia de la sustancia económica de los negocios.
- c) Y, finalmente, tampoco podía vislumbrar el legislador que el Tribunal Supremo español había iniciado en 2002 la formación de una jurisprudencia que recibiría un impulso decisivo desde 2008 y que supondría, por un lado, una posición beligerante del Alto Tribunal en esa lucha contra las planificaciones fiscales antisociales y, de otro lado, una interpretación consiguiente de las normas antielusión presentes en la LGT tanto de 1963 como de 2003, al servicio de ese objetivo y que tendría como efecto una cierta homogeneización del uso de las mismas y sobre todo una utilización del viejo fraude de ley a la vista del nuevo conflicto en la aplicación de la norma tributaria como si ambas figuras fueran una y la misma cosa.

Así, pues, vamos a llevar a cabo un análisis hasta cierto punto retrospectivo de los preceptos de nuestra LGT 2003 teniendo en cuenta hoy como ha sido ésta interpretada por nuestro Tribunal Supremo y como puede evolucionar esta interpretación a la vista de la más reciente evolución del Derecho de la Unión Europea.

2.2 El concepto de norma general antielusión o antiabuso

La doctrina científica suele reservar generalmente el término de cláusulas o normas generales antielusión o antiabuso para aquellas normas que tienen una construcción semejante a la que presenta en nuestro ordenamiento tributario la norma contenida en el artículo 15 de la LGT 2003¹. No obstante, también es posible una concepción ligeramente más amplia de estas normas generales antielusión, que permita considerar como tales a todas aquellas normas cuya función sea la de habilitar a la Administración tributaria para recalificar determinados actos o negocios jurídicos o para exigir un tributo prescindiendo de actuaciones simuladas². Por supuesto, estas normas incluirían aquellas que como el artículo 15 de la LGT 2003 tratan de evitar los efectos de negocios o actos realizados con un propósito exclusivamente fiscal sin otros motivos económicos válidos. De esta manera, las normas contenidas en los artículos 13, 15 y 16 de la LGT constituirían en nuestro ordenamiento un conjunto de normas generales antielusión si bien dentro de dicho bloque normativo debemos distinguir dos tipos de normas y aun añadir una tercera categoría:

- a) En primer lugar, los artículos 13 y 16 de la LGT, relativos a la calificación y a la simulación, incorporan al ordenamiento tributario instituciones perfectamente conocidas en la teoría general del negocio jurídico, por tratarse de principios generales del derecho que a través de esas normas se adaptan al ordenamiento tributario. En realidad, el contenido específico de estas dos normas consiste en la habilitación que confieren a la Administración tributaria para que ésta pueda aplicar por sí misma esos principios, al menos a los efectos de la liquidación de un tributo, sin necesidad de acudir para ello a un juez ordinario, civil o mercantil.
- b) Por otra parte, el artículo 15 de la LGT, al regular la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, heredera de la institución del fraude de ley en este campo, recoge lo que hoy sería una típica

¹ Ver: Juan José Zornoza y Andrés Báez, “GAARs-An emerging trend in the tax landscape”, en *GAARs-A Key Element of Tax Systems in the Post-Beps World*, IBFD, Amsterdam, 2016; páginas 655 y siguientes.

² Ver: Richard Krever, “General Report”, en *GAARs-A Key Element of Tax Systems in the Post-Beps World*, IBFD, Amsterdam, 2016; página 4. KREVER habla de cuatro modelos diferentes de GAAR (*General Anti Avoidance Rule*), tanto de base legal como de construcción jurisprudencial o doctrinal, incluyendo las normas construidas sobre el principio sustancia sobre forma, la noción de abuso de derecho o la interpretación finalista de la norma tributaria.

cláusula general antielusión como norma de cierre del ordenamiento para corregir comportamientos supuestamente al borde de la licitud pero contrarios a una interpretación integradora de ese ordenamiento, conforme con los principios jurídicos e inclusive éticos que rigen el mismo. Nos hallaríamos ante una norma que años después resulta ya ajustada a la norma antiabuso recogida en el artículo 6º de la Directiva 2016/1164/UE, como norma centrada en el examen del propósito del negocio y la justificación económica del mismo.

- c) Finalmente, entendemos que las propias técnicas generales de interpretación a que alude el artículo 12 de la LGT, remitiéndose al artículo 3.1 del Código Civil, pueden servir y de hecho sirven a esta misma finalidad de aplicar el ordenamiento tributario evitando comportamientos elusivos del contribuyente contrarios a un adecuado cumplimiento y reparto de las cargas tributarias. No ocurre lo mismo con la prohibición de la extensión por analogía de los beneficios o incentivos fiscales, como del ámbito del hecho imponible, recogida en el artículo 14 de la LGT, que responde a otra finalidad, vinculada al principio de legalidad y a una particular concepción tradicional de las normas relativas al establecimiento de beneficios fiscales.

En cualquier caso, estas normas generales antielusión presentan algunas características adicionales que asimismo sirven para exponer lo que de común presentan esas normas en el contexto de la Ley General Tributaria.

En primer lugar, estas normas generales antielusión (o “*general anti-avoidance rules*” o GAAR) tienen en común su propia generalidad, por oposición a las normas específicas o cláusulas antielusión “ad hoc” de las que existen obviamente numerosos ejemplos en nuestro ordenamiento y en cualquier ordenamiento tributario. Las normas recogidas en los artículos 13, 15 y 16 de la LGT son de aplicación respecto de cualquier tributo y ante cualquier acto o negocio de un obligado tributario. Frente a estas normas generales, las normas “ad hoc” (o “*specific anti-avoidance rules*” o SAAR, en la terminología internacional en lengua inglesa) tratan de evitar determinados comportamientos elusivos en particular.

Por supuesto, algunas de estas normas “ad hoc” ofrecen dosis notables de generalidad y completan directamente a las normas generales. Este es el caso de las normas sobre precios de transferencia o valoración de operaciones entre partes vinculadas. Actualmente, el ordenamiento español recoge estas normas en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014, de 27 de noviembre; en adelante LIS). Si analizásemos las normas generales antielusión en el marco de la planificación fiscal internacional, deberíamos prestar especial atención a la aplicación de las reglas sobre precios de transferencia, pues cualquier planificación fiscal internacional debe respetar tales reglas y esperar que las mismas consoliden el resultado buscado. Desde

esa perspectiva, estas normas cumplen una cierta función como normas antiabuso, si bien propiamente se sitúan en un estadio anterior como reglas llamadas a distribuir las bases imponibles entre los distintos Estados afectados por operaciones transnacionales en el seno de los grupos de sociedades. Es decir, si bien las normas sobre precios de transferencia tratan de evitar que una valoración abusiva de esas operaciones permita transferir rentas a territorios o jurisdicciones con una tributación más leve, lo cierto es que las normas sobre precios de transferencia constituyen antes de nada un mandato de valoración de las operaciones intragrupo a precios de mercado como si tales operaciones si hubiesen realizado entre partes independientes. De hecho, una de las cuestiones más debatidas actualmente en la fiscalidad internacional versa sobre la conveniencia de sustituir las reglas actuales sobre precios de transferencia por otras reglas distintas abandonando inclusive el enfoque *arm's length* para acudir a criterios de distribución distintos como los recogidos en el proyecto de base imponible consolidada común de la Unión Europea³.

Asimismo, los ordenamientos domésticos, en el ámbito del impuesto sobre sociedades, han recogido tradicionalmente dos normas antielusión específicas dotadas de gran amplitud y cuya aplicación e interpretación ha condicionado la de las normas generales antiabuso. Tal es el caso en efecto de las normas sobre subcapitalización y sobre transparencia fiscal internacional. Actualmente, el artículo 100 de la LIS recoge el régimen de transparencia fiscal internacional⁴. La ley no contiene una norma sobre subcapitalización sustituida ya por normas sobre limitación de la deducción de gastos financieros contenidas en los artículos 15 h) y 16 de la LIS⁵.

Por otra parte, el artículo 89.2 de la LIS contiene otra norma antielusión que, aunque específica, ha tenido una gran influencia en la evolución reciente de las normas generales antielusión. El precepto se encuadra en el Capítulo VII del Título VII de la LIS, capítulo relativo al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea. En este contexto, el artículo 89,

³ Contenida inicialmente en la Propuesta de Directiva del Consejo de 16 de marzo de 2011 relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades. El 25 de octubre de 2016, la Comisión ha presentado dos propuestas diferenciadas de directivas, relativas a la base imponible común del impuesto sobre sociedades y a la base imponible consolidada común. Los textos de las dos propuestas presentadas en la misma fecha llevan como referencia respectivamente COM (2016) 685 final y COM (2016) 683 final.

⁴ Este artículo 100 de la LIS integra el Capítulo XI del Título VII de la ley. Esta norma deberá adaptarse a las previsiones contenidas en el artículo 7º de la Directiva 2016/1164, que alude a la misma figura de la transparencia fiscal internacional bajo la denominación en español de norma relativa a las sociedades extranjeras controladas

⁵ Que también deberán adaptarse a las previsiones contenidas en el artículo 4º de la Directiva 2016/1164.

relativo a la aplicación del régimen especial, contiene en su apartado segundo una norma antielusión que ya desde hace tiempo descansaba en la existencia de motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal. La norma en concreto dispone que no se aplicará el régimen especial cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Y, como es sabido, el precepto añade que, en particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal⁶.

⁶ Actualmente, la norma añade en el párrafo segundo de este apartado que las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.

Por otra parte, esta norma procede actualmente del artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009. En el Derecho de la Unión Europea esta norma antielusión fue pionera a la hora de propiciar la construcción de las normas antiabusos sobre el test de los motivos económicos válidos de la operación, test que luego se extendió a otras normas antielusión como la hoy recogida en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante TRIRNR). La letra h, en el apartado primero de este artículo 14, prevé que la exención derivada de la llamada directiva matriz filial, no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio de información en materia tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas.

No obstante, la Directiva 90/435/CEE preveía en su artículo 1.2 simplemente que no sería obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales necesarias a fin de evitar fraudes y abusos. Más tarde, esta norma antielusión se incorporó a la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Tras la Directiva 2015/121/UE, de 27 de enero de 2015, cuyo plazo de trasposición expiró el 31 de diciembre de 2015, el artículo 1º de esta última Directiva modifica el artículo 1º de la Directiva 2011/96 de forma que el artículo 1º de esta Directiva pasa a tener unos apartados 2 a 4 con la siguiente redacción:

2. Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente Directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva.

Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

3. A efectos del apartado 2, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

4. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas.

Junto a estas normas, finalmente, nuestro ordenamiento tributario, como cualquier otro, conoce múltiples normas antielusión para casos concretos. Pueden servir como ejemplo las normas anti-paraíso fiscal recogidas en la legislación tanto del IRPF como del IRNR o del Impuesto sobre Sociedades, los artículos 314, 315 y 316 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, respecto de la transmisión de valores de sociedades inmobiliarias o las distintas presunciones contenidas en la normativa propia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) para preservar la integridad de la base imponible del impuesto. Igualmente, la fiscalidad internacional conoce cláusulas de esta naturaleza, aceptadas inclusive por normas de Derecho internacional tributario. Tal es el caso de las cláusulas de limitación de beneficios de los Convenios para evitar la doble imposición, la noción de beneficiario efectivo o el tratamiento propio de las sociedades de artistas conforme al artículo 17.2 del Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante MCOCDE). Estas normas antielusión específicas se apoyan frecuentemente en la técnica de las presunciones y ficciones legales a efectos tributarios, dirigidas no a facilitar la gestión tributaria o completar el gravamen de una determinada capacidad económica, sino simplemente a evitar comportamientos elusivos o evasivos de los obligados tributarios.

2.3 El límite con la economía de opción

Las normas generales antielusión se sitúan claramente en la frontera de la llamada economía de opción. Esta noción clásica, debida en España a Larraz⁷, hace ya muchos años, que ha sido negada en su propia existencia conceptual, aparece al menos teóricamente aceptada en la propia doctrina de nuestros Tribunales⁸.

⁷ Ver: LARRAZ, J., “Metodología aplicativa del Derecho Tributario”, *Revista de Derecho Privado*, 1952; página 60.

⁸ Debemos recordar que la noción clásica de economía de opción descansaba sobre la distinción entre economía de opción expresa y tácita o implícita en la norma. En el primer caso, la propia norma concede una opción al contribuyente, que a éste le resulta ventajosa fiscalmente y que el contribuyente ha de formalizar y comunicar a la Administración. A estas opciones se refiere en cierto modo la propia Ley General Tributaria, en su artículo 119.3, cuando aquellas han de hacerse en una declaración tributaria, al prohibir su rectificación posterior. Estas opciones aparecen en casos como la posibilidad de declarar conjuntamente en el IRPF los miembros de una unidad familiar o la opción o renuncia por los diferentes regímenes de determinación de la base imponible en este mismo impuesto, según resulte así de aplicación la estimación directa, la estimación directa simplificada o la estimación objetiva.

Por el contrario, en ocasiones el ordenamiento fiscal no exige esa opción expresa con su ejercicio formal ante la Administración tributaria, pero implícitamente el obligado tributario puede adecuar su comportamiento a razones fiscales. Tal ocurre si el causante de una herencia dispone su partición, a favor ya de hijos y nietos, de forma que evite transmisiones adicionales o disminuya la base liquidable y la progresividad del impuesto. Igualmente, el régimen actual de las ganancias de capital ofrece al contribuyente la posibilidad de percibir o de traspasar el importe obtenido en la transmisión o reembolso

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 2002 afirmó que *<<[l]os contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, y entre estas ventajas figura la de poder escoger lo que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, normales o tradicionales>>* (recurso de casación núm. 9712/1997; FD 6º). En el mismo sentido, la Sentencia de 24 de mayo de 2003 del mismo Tribunal Supremo vuelve a decir que *<<[e]l uso alternativo de las normas fiscales, con la finalidad de abonar impuestos menos gravosos, es enteramente lícito, siempre que se utilicen figuras contractuales auténticas y no se trate de eludir el pago de los impuestos que sean procedentes conforme a las mismas>>* (recurso de casación núm. 6398/1998; FD 1º).

Más recientemente, en la Sentencia de 30 de mayo de 2011 (recurso de casación núm. 1061/2007; FD 5º), el Alto Tribunal trata de precisar esta noción y recuerda que la economía de opción supone la elección lícita entre diversas alternativas jurídicas de la que representa una menor carga fiscal. Pero, advierte ya el Tribunal Supremo, la economía de opción no puede comprender nunca el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios artificiosos que hoy dan lugar al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, previsto en el artículo 15 de la LGT, y que antes pretendían unos efectos fiscales rechazados por la jurisprudencia mediante una interpretación teleológica de las normas tributarias, eliminando la ventaja fiscal que se trataba de obtener como único y exclusivo objetivo de las operaciones realizadas. Por lo tanto, la economía de opción habría tenido siempre como límite *<<[l]a artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando el contribuyente traspasa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu no puede invocarse el principio de seguridad jurídica>>*.

El Tribunal Supremo ha reiterado esta doctrina en sentencias posteriores entre las que destacan las de 24 de febrero de 2014 (recurso de casación núm. 1347/2011) y de 22 de junio de 2016 (recurso de casación núm. 2218/2015). En esta última, el Alto Tribunal señala que *<<[l]a economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa*

de participaciones o acciones en instituciones de inversión colectiva, permitiendo en este segundo caso diferir la tributación efectiva de esa renta. O, para terminar estos ejemplos, es evidente que el ordenamiento permite que un contribuyente opte por desarrollar una actividad económica empresarial a través de una sociedad mercantil, entre otros motivos, por la menor tributación que significa el impuesto sobre sociedades respecto del IRPF al recaer sobre esas rentas.

libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias>> (FD 7º).

La economía de opción, basada además en la libertad económica y contractual y, en última instancia, en la libertad de empresa, no permite pues traspasar el límite que principalmente suponen estas normas generales antielusión.

Por el contrario, las normas “ad hoc” tienen frecuentemente un significado ambivalente, de tal modo que al mismo tiempo que impiden ciertas conductas amparan aquellas otras que siendo de la misma naturaleza quedan ya fuera del ámbito de aplicación de la norma “ad hoc”. De esta manera, la norma antielusión específica ofrece al mismo tiempo las características de una “*safe harbour provision*”. Aunque es desde luego una cuestión discutible, puede sostenerse que una norma específica antielusión marca la frontera de lo lícito, siendo al menos difícil sostener que una conducta explícitamente aceptada por dicha norma pueda ser luego desautorizada por la aplicación de una norma general antielusión.

En España, este debate ha surgido en varias ocasiones. Tradicionalmente, se sostuvo que las normas antielusión propias del ISD amparaban las conductas que se producían más allá de los plazos o los umbrales señalados por aquellas. Así, las presunciones del artículo 11 de la Ley del ISD (Ley 29/1987, de 18 de diciembre) sólo serían aplicables dentro de los límites temporales señalados por el precepto legal sin que éste pudiera ver extendido su campo de aplicación por la vía de una norma general antielusión aplicada subsidiariamente. De esta manera, se presumirán parte del caudal relicto, los bienes y derechos transmitidos por el causante durante los cuatro años anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos o de otros del adquirente o cualquier otro derecho vitalicio, sin que quepa ampliar esta ficción legal más allá de los cuatro años por apreciar una identidad de propósito en los negocios antes o después de ese corte temporal. Más clara es en este sentido la interpretación de la norma contenida en el artículo 30 de la Ley del ISD, conforme a la cual se acumularán entre sí o con la masa hereditaria, las donaciones y demás transmisiones “inter vivos” equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, o dentro de los cuatro años antes de la sucesión en favor de un donatario. Parece difícil la convivencia de esta norma con la aplicación de una norma general antielusión a fin de considerar abusiva o fraudulenta la realización de determinadas o sucesivas donaciones aunque obedezcan al propósito de atenuar la futura carga del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Otro ámbito donde surgió esta polémica fue el de la aplicación de la norma contenida en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), antes recogida en el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre y actualmente

en los artículos 314 a 316 del TRLMC (aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre). El TEAC, en su Resolución de 26 de abril de 1989 (RG 1917-1-88), entendió que no era posible un expediente de fraude de ley cuando la operación estaba ya contemplada en estas normas, aunque el contribuyente hubiera evitado la tributación por el ITP-AJD al evitar la concurrencia de los requisitos previstos en tales disposiciones⁹. El Tribunal Supremo ha confirmado este planteamiento en su Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (recurso de casación núm. 2340/2015). En un caso de posible fraude de ley más allá de la aplicación del artículo 108 de la LMV, el Tribunal Supremo señala taxativamente que ante una medida específica de lucha contra el fraude que obliga a estar a los requisitos establecidos, no cabe la vía del fraude de ley, ni de la simulación ni de la calificación, para aplicar el precepto a otros hechos que puedan considerarse asimilables al definido en la norma antielusión específica.

No obstante, los límites de esta incompatibilidad son borrosos, como puso de manifiesto el debate sobre la aplicación simultánea de la regla de subcapitalización, recogida en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y el fraude de ley del artículo 24 de la LGT 1963 en el caso llamado de las compras apalancadas intragrupo. Tales compras se realizaron por entidades españolas con financiación intragrupo que respetaba la norma de subcapitalización y las transacciones se realizaron a precios de mercado que respetaban las normas sobre precios de transferencia o de valoración de operaciones entre partes vinculadas. Como veremos más tarde, la jurisprudencia española consideró, sin embargo, que el respeto de esos límites no impedía la consideración de las operaciones como realizadas en fraude de ley, en la medida en la cual era el complejo negocial en su conjunto, y no su financiación, el que obedecía al propósito de erosionar las bases imponibles españolas careciendo de una justificación económica distinta del propósito fiscal perseguido. Por lo tanto, la compatibilidad en la aplicación de uno y otro tipo de normas antielusión respondería a la apreciación del complejo negocial realmente existente y a la distinta finalidad de las normas específicas. No cabría pues extender el ámbito propio de una norma antielusión específica, aplicando una norma general desde la misma perspectiva. Sí cabría entender que un negocio aparentemente aislado y amparado por esa norma específica forma parte de un complejo negocial más amplio que puede caer dentro del ámbito de aplicación de una norma general. Igualmente, cabría aplicar una norma general cuando pueda entenderse que un negocio o conjunto de negocios son abusivos o fraudulentos por razones ajenas al propósito de la norma específica.

⁹ Ver: Jose Ignacio Ruiz Toledano, *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*; Editorial CISS, Valencia, 1998; páginas 194 y ss.

Al tratar del concepto de economía de opción, debemos terminar con una referencia obligada a la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2000, de 17 de febrero. Esta sentencia va a ser reiteradamente citada por los tribunales ordinarios, atribuyéndole un mandato constitucional de lucha contra las llamadas “economías de opción indeseadas”. De la lectura de esta sentencia no se desprende con claridad esta conclusión.

La sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad desde la perspectiva del principio de igualdad a la luz de los artículos 14 y 31.1 de la Constitución. La posible discriminación se planteaba en relación con el tratamiento de las rentas irregulares en el IRPF, según la redacción vigente en 1989 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre. La redacción originaria de esta Ley se había modificado primero por obra de la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y luego por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. La norma cuestionada había establecido que las rentas irregulares tributaban al tipo fijo del 8 por 100 cuando el tipo medio fuese cero, por ausencia de rentas regulares, frente al criterio inmediatamente anterior conforme al que quedaban gravadas al tipo más bajo de la escala. Este nuevo criterio se mantendría por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, y por sucesivas modificaciones de la Ley del impuesto hasta la Ley 18/1991, de 6 de junio.

Cuando el Tribunal Constitucional se refiere a estos antecedentes recoge la supuesta justificación de estas modificaciones legales que conducen al régimen cuestionado vigente en 1989. El Tribunal Constitucional señala que la Ley del impuesto preveía inicialmente la aplicación del tipo mínimo de la escala a los incrementos de patrimonio derivados de transmisiones a título lucrativo, <<[g]enerándose importantes economías de opción en contra del principio de capacidad económica que, en todo caso, debe presidir el sometimiento de los sujetos pasivos al sistema tributario>> (FJ 1). En realidad, el legislador trataba de asegurar una tributación de las rentas irregulares frente a ciertas manipulaciones en la imputación temporal de las rentas regulares e irregulares en el IRPF.

La norma cuestionada adolecía ciertamente de un defecto técnico pues, como explica la propia sentencia (FJ 5), un contribuyente con una menor renta regular, por no alcanzar la cuantía mínima del primer tramo sometido a tributación en la escala del impuesto (y, en consecuencia, con un tipo medio efectivo de gravamen derivado de su parte regular igual a cero) debía soportar en sus rendimientos irregulares una tributación mayor (fija del 8 por 100) que aquel otro contribuyente que teniendo una mayor renta regular, por superar el tramo mínimo sometido a gravamen, soportaba un gravamen inferior sobre sus rendimientos irregulares, por cuanto el tipo medio efectivo de gravamen derivado de la parte regular de su base imponible no llegaba a alcanzar aquel

8 por 100 establecido en defecto de tipo medio. Esta era realmente la cuestión planteada que además el Tribunal Constitucional resuelve entendiendo que la norma era contraria a la igualdad tributaria exigida por el artículo 31.1 de la Constitución española.

Solo al hilo de esta cuestión, la sentencia reconoce la licitud de la finalidad perseguida, aunque sin que ello evite la infracción del principio de igualdad. La norma trataba de evitar <<[e]l recurso a «economías de opción» indeseadas (entendiendo por tales la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras), como expresión máxima de la búsqueda de la capacidad económica efectiva>>. Todo ello buscando el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el art. 31.1 de la Constitución y una más plena realización de la justicia tributaria.

La sentencia 46/2000, del Tribunal Constitucional, no parece pues contener un rechazo de las “economías de opción” como actuaciones que producen el efecto indeseado de minorar la carga tributaria en contra de los principios de capacidad económica y de justicia tributaria. Sobre todo, la sentencia no asocia las ideas de economía de opción y del carácter indeseado de la misma ni atribuye a quienes aplican el ordenamiento tributario la función de calificar de indeseadas ciertas o todas las economías de opción. La sentencia enjuicia un cambio legislativo y entiende que una modificación legislativa puede tener lícitamente como objetivo evitar economías de opción que el legislador considera indeseadas.

2.4 La interpretación de la norma tributaria como marco de referencia

Como ya hemos apuntado, la interpretación del ordenamiento tributario constituye el punto de partida de la aplicación de las llamadas normas generales antielusión. Ciertamente, en nuestra tradición jurídica, la correcta interpretación de la norma tributaria no constituye una norma antielusión. Sin embargo, esta afirmación exige hoy una doble matización inmediata. Por una parte, las normas antielusión sólo serían de aplicación o, dicho de otro modo, sólo resultan necesarias cuando el acto o negocio en cuestión descansa en una interpretación correcta de la norma tributaria. Si esa interpretación es inapropiada o incorrecta, deben corregirse los resultados de su incorrecta aplicación, sin necesidad de que el intérprete acuda a norma antielusión alguna. Por otra parte, las normas generales antielusión o antiabuso descansan ellas mismas en la interpretación de las normas tributarias.

Por lo tanto, ante un acto o negocio con efectos tributarios, el intérprete u operador jurídico, con independencia de quien se trate, ha de actuar idealmente enjuiciando ese acto o negocio a nuestros efectos conforme a una técnica que descansa en una verdadera lista de normas relevantes.

En primer lugar, el intérprete habría de determinar si ese negocio ha sido bien calificado a los efectos de determinar si procede corregir esa calificación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 de la LGT. Sólo si el negocio responde en su denominación a su verdadera naturaleza jurídica, el intérprete habría de analizar, aplicando el artículo 16 de la LGT, si ese acto o negocio adolece de simulación, para en tal caso aplicar la norma no al acto o negocio aparentemente realizado o celebrado sino a aquellos efectivamente queridos por las partes. De esta manera, la cláusula antielusión de cierre, es decir, el artículo 15 de la LGT sólo sería de aplicación respecto de actos o negocios correctamente calificados que desde luego no adolezcan de simulación alguna en la exteriorización de la voluntad de las partes.

Ahora bien, esta técnica asume la existencia de dos presupuestos que condicionan la aplicación de las normas antielusión, pues éstas últimas sólo entran en escena cuando estos presupuestos no son suficientes para lograr una correcta aplicación del sistema tributario.

Por un lado, la aplicación de las normas tributarias descansa en los hechos que han de ser objeto de prueba para la aplicación del sistema tributario. A nuestro juicio, las cuestiones de hecho y de la prueba de los mismos no pertenecen al terreno de las normas antielusión sino de la pura aplicación ordinaria de las normas tributarias que parten de la realidad en cada caso de los hechos previstos en las mismas. Cuando la norma tributaria descansa sobre la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho, la realidad de esa concurrencia y la reacción del ordenamiento en el caso de que tales hechos no concurren o hayan sido ocultados por el contribuyente son cuestiones que a nuestro juicio no suponen la aplicación de normas antielusión, con independencia de la gravedad que deba alcanzar la reacción del ordenamiento. Cosa distinta es que la propia aplicación de las normas antielusión descansa sobre cuestiones de hecho. Sin dejar de mencionar la importancia de la prueba en la propia simulación, lo cierto es que en el caso de normas construidas sobre la justificación económica de las operaciones esa misma justificación deviene una cuestión de hecho sujeta a las reglas generales sobre la prueba de tales hechos.

Por otro lado, en cuanto a los criterios de interpretación, ésta debe llevarse a cabo de acuerdo con las técnicas comunes de interpretación, de modo que la norma tributaria ha de ser objeto de una interpretación teleológica, teniendo en cuenta su finalidad, y sistemática, atendiendo al conjunto del sistema jurídico tributario al que la norma pertenece. Cuando el artículo 12 de la LGT se remite al artículo 3º.1 del Título Preliminar del Código Civil está consagrando por supuesto el principio de interpretación común de la norma tributaria sin que quepan especialidades en esa interpretación que separen el ordenamiento tributario de los criterios generales de interpretación en nuestro Derecho. Ahora bien, más allá de esta vieja cuestión, esta remisión conduce a una

interpretación de la norma tributaria presidida por la coherencia del sistema fiscal, como manifestación de una interpretación sistemática del ordenamiento tributario, y por los objetivos de la norma interpretada, como interpretación de acuerdo con el espíritu y finalidad de la misma.

Frecuentemente, en el debate que rodea la aplicación de la norma tributaria, a tenor de los intereses en presencia, esa interpretación se pretende demasiado centrada en el tenor literal del precepto, incluso prescindiendo del sentido propio de las palabras empleadas por el legislador. En ocasiones, esta interpretación escuetamente literal pretende fundarse en una incorrecta significación del principio de legalidad en esta materia, como resultado del carácter “odioso” o “excepcional” de la norma fiscal. Sin embargo, no ofrece dudas que hoy la norma fiscal no tiene ese carácter y, aunque lo tuviera, no cabría una interpretación como la que muchas veces se pretende de los preceptos tributarios, amparando pretendidas ventajas fiscales o planificaciones fiscales indeseadas por el legislador y contrarias al contexto y al espíritu y finalidad de las normas, por seguir las expresiones del artículo 3.1 del Código Civil.

Cuestión distinta es que la Administración no pueda llevar la interpretación finalista de la norma tributaria hasta una integración de dicha norma contraria al texto de la misma y realizada sobre la base de crear una pretendida finalidad de aquella. El Tribunal Supremo ha buscado este equilibrio en la Sentencia de 28 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 852/2016). En un caso relativo al viejo concepto de sociedad patrimonial, la Administración, con el respaldo del TEAC y de la Sala de instancia, sostuvo una interpretación finalista que permitía negar la patrimonialidad mediante la asimilación de los dividendos procedentes de ciertas participaciones y de las rentas procedentes de la transmisión de las mismas. Sin embargo, el Tribunal Supremo advierte que *“[e]n el ámbito tributario rige con especial vigor el principio de legalidad tributaria, el cual aporta la necesaria seguridad jurídica al contribuyente, que tiene derecho a saber previamente, porque así debe venir definido con precisión en la norma, qué actos y operaciones van a ser objeto de gravamen y su extensión”*. El Alto Tribunal añade que *“[c]iertamente para determinar el alcance de la norma es necesario indagar su verdadero sentido y/o significado, y al efecto se ofrece jurídicamente una serie de mecanismos dispuestos para decidir y establecer el verdadero sentido de los términos recogidos en la norma, con el fin de fijar que es lo que quiso o quiere decir la ley; en la bien entendida consideración de que no son mecanismos para crearla, ni para colmar posibles lagunas, a cuyo fin el ordenamiento jurídico ofrece otros instrumentos adecuados”* (FD 4º).

Por lo tanto, antes de cualquier contraste con las normas antielusión, un acto o negocio, encaminado a obtener un determinado tratamiento fiscal, ha de enfrentarse a la propia interpretación de la norma fiscal que da lugar a ese

tratamiento a partir del acto o negocio de que se trate. O, lo que es igual, antes de acudir a estas normas antielusión, el intérprete ha de aplicar correctamente la norma tributaria, con arreglo a los criterios de interpretación generalmente aceptados en nuestro Derecho.

Pero, además, la interpretación finalista de las normas tributarias forma hoy parte de la aplicación de las propias normas antiabuso. De esta manera se ha recogido la tradición interpretativa anglosajona¹⁰ en la cual la doctrina antiabuso asumía como cuestión a resolver “*whether the relevant statutory provisions, construed purposively, were intended to apply to the transaction, view realistically*”¹¹. El propio TJUE, en su Sentencia de 21 de febrero de 2006, caso Halifax (asunto C-255/02), nos va a decir que una práctica abusiva exige, por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes del Derecho de la Unión Europea y de la legislación nacional aplicable, las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones. Además, de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal, sin que exista una justificación distinta de las mismas. Y esta misma idea de la referencia a la interpretación finalista o la finalidad de las normas de cobertura va a aparecer más recientemente en las normas generales antiabuso recogidas en la acción 6 del plan BEPS, en la Recomendación de la Comisión Europea de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales y en el artículo 6º de la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

En consecuencia, el campo de aplicación de las normas antielusión se relaciona con la interpretación y más concretamente con la interpretación teleológica de las normas tributarias desde una doble perspectiva. Por un lado, la correcta interpretación de las normas tributarias constituye un presupuesto del campo de aplicación de las normas antiabuso. Por otra parte, las propias normas antiabuso han de aplicarse teniendo en cuenta la finalidad de las normas tributarias eludidas, pues no podrá reputarse abusivo un negocio que encuentra protección o responde a esa finalidad.

De esta manera, las normas generales antielusión últimas enlazan con una cierta forma de entender nuestra vieja norma antielusión construida sobre la

¹⁰ Para una exposición de esta tradición jurídica, ver: Isabel Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

¹¹ Collector of Stamp Revenue v Arrowtown Assets Limited (Hong Kong Final Court of Appeal, 2003).

institución del fraude de ley. El término fraude de ley no ha tenido un significado unívoco. Nuestros tribunales civiles, y con ellos la Sala Primera del Tribunal Supremo, utilizan habitualmente la expresión fraude de ley con un significado muy amplio. En este sentido, el fraude de ley no descansa en un conflicto normativo, entre una norma de cobertura y una norma eludida en contra de los principios informadores del ordenamiento. Por el contrario, en esta acepción amplia, la noción de fraude de ley conecta con el mandado de interpretar la norma con arreglo al espíritu y finalidad de la misma, respetando el valor informador de los principios generales del derecho y los propios del sector afectado del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva más laxa, como luego señalaremos, un acto o negocio realizado en fraude de ley es simplemente un acto o negocio realizado con el propósito de eludir la aplicación de una norma imperativa, siempre que ese propósito llegue más allá de donde lo permite la adecuada y espiritualista interpretación de esa norma.

Por supuesto, en la visión del fraude de ley propia ya del artículo 6.4 del Código Civil, aquel guarda también una evidente relación con la interpretación. El fraude de ley descansa en una interpretación sistemática de la norma eludida, en el contexto del ordenamiento jurídico como un todo, de forma que aquella en tal contexto no permita la viabilidad del acto realizado al amparo del texto de otra norma cuya correcta interpretación asimismo no otorga suficiente cobertura al acto o negocio realizados. No obstante, en este marco del fraude de ley, éste requeriría siempre ese conflicto o enfrentamiento entre dos normas, cuya interpretación desde luego está en juego. Sin embargo, en aquella doctrina jurisprudencial, favorable a una concepción amplia del fraude de ley, se prescinde en realidad de cualquier conflicto que no sea el existente entre el acto o negocio enjuiciados y la correcta interpretación de la norma burlada, conforme al espíritu de la misma.

2.5 El principio de calificación

Asumiendo, pues, una noción amplia de las normas generales antielusión, éstas comprenderían en nuestro Derecho positivo no sólo el artículo 15 de la LGT 2003, así como su antecedente el artículo 24 de la LGT 1963, sino también los artículos 13 y 16 de la LGT actual. Es decir, la primera de las normas antielusión que debemos comentar es el principio de calificación recogido en el artículo 13 de la LGT, completado a estos efectos por el artículo 115 de la misma LGT

El artículo 13 de la LGT dispone que las obligaciones tributarias, hay que entender que tal y como éstas se entienden en la sección segunda del Título II de la Ley, se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieren dado y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez. Como es sabido, este precepto procede del artículo 28.2

de la LGT 1963, reformada en este punto por obra de la Ley 25/1995, de 20 de julio, con antecedentes en el artículo 25 de la LGT antes de dicha reforma¹².

En cuanto al artículo 115 de la LGT, este precepto ha sido modificado recientemente por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre. En su redacción primitiva, el apartado segundo del artículo 115 de la LGT, apartado que es el que nos interesa ahora, recogía puramente la facultad de recalificación de la Administración tributaria, resultado de lo dispuesto en el artículo 13 de la misma LGT. En concreto, el precepto disponía antes de su reforma que, en el desarrollo de las funciones de comprobación o investigación, la Administración tributaria calificará los hechos, actos o negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que éste hubiera dado a los mismos. Tras la reforma de 2015, el precepto tiene la siguiente redacción:

2. En el desarrollo de las funciones de comprobación e investigación, la Administración Tributaria podrá calificar los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que éste último hubiera dado a los mismos y del ejercicio o período en el que la realizó, resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 16 de esta Ley.

La calificación realizada por la Administración Tributaria en los procedimientos de comprobación e investigación en aplicación de lo dispuesto en este apartado extenderá sus efectos respecto de la obligación tributaria objeto de aquellos y, en su caso, respecto de aquellas otras respecto de las que no se hubiese producido la prescripción regulada en el artículo 66.a) de esta Ley.

Como puede apreciarse, la reforma ha abordado, por una parte, la cuestión de la aplicación de los plazos de prescripción en relación con el ejercicio de esta facultad, pero, además, la reforma ha incorporado al precepto una referencia a

¹² El actual artículo 13 de la LGT responde fielmente a ese antecedente, con el único matiz, que supone una indudable mejora técnica, de que el artículo 13 de la LGT refiere la calificación no al hecho imponible sino al hecho, acto o negocio realizado. Evidentemente, no cabía ya en el viejo artículo 28.2 hablar de una calificación del hecho imponible, es decir del presupuesto de hecho definido en la Ley, sino del presupuesto de hecho que lo integraba y que no era otro, a estos efectos, que el acto o negocio realizado. Por otra parte, esta técnica de calificación no sirve solo para la adecuada identificación del hecho imponible sino para un objetivo más amplio, bien recogido en el actual artículo 13, como es la adecuada exigencia de las obligaciones tributarias. Por lo tanto, la técnica de calificación puede servir sin dificultad para apreciar la verdadera naturaleza de actos o negocios con relevancia en la determinación de cualquier elemento de la liquidación de un tributo, tanto respecto de la obligación tributaria principal como de la obligación de realizar pagos a cuenta.

los artículos 15 y 16 de la LGT, junto al 13, que plantea otras cuestiones, sobre las que volveremos a continuación.

El viejo principio de calificación tiene su origen en la teoría general del derecho y en la propia del negocio jurídico. En el orden tributario se venía aplicando desde siempre, habiendo tenido un gran desarrollo en la aplicación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. De hecho, actualmente, el artículo 2º, apartado primero, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (TRITP-AJD), continúa recogiendo dicho principio como una norma específica de las modalidades de este impuesto, cuando dispone que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia¹³.

El artículo 13 de la LGT recoge esta tradición aún hoy y por ello continúa incorporando en realidad dos normas, a nuestro juicio, distintas, unidas por el legislador aunque tengan un sentido muy diferente. Por un lado, el precepto recoge el principio de calificación. Por otro, la norma responde al principio de intrascendencia de los defectos jurídico-privados en el ámbito tributario, principio con un alcance real posiblemente menor del que parece darle este precepto. En todo caso, al tratar de las normas generales antielusión, este artículo 13 de la LGT nos interesa únicamente en cuanto recoge ese principio de calificación.

Este principio recoge pues en el ordenamiento tributario el de carácter general conforme al cual los negocios son lo que resulta de su verdadera naturaleza y no lo que las partes afirman o manifiestan¹⁴. Hasta cierto punto, el principio de

¹³ Los artículos 1º.2 y 3 del TRITP-AJD recogen normas de calificación específicas para las condiciones y los bienes sujetos al impuesto, en las que destaca la referencia al derecho civil o común aplicable para determinar la naturaleza de esas condiciones o bienes.

¹⁴ Actualmente, el principio de calificación ha de ponerse en relación con el principio contable de preferencia de la sustancia económica sobre la forma jurídica de las operaciones. Recordemos que el artículo 34.2 del Código de Comercio dispone que las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

Ciertamente, cabe sostener que el principio sustancia sobre forma a estos efectos contables tiene una finalidad distinta. No obstante, entendemos que este principio contable responde también al objetivo de identificar correctamente los negocios y operaciones sin que la utilización de las formas jurídicas nos aleje a cualquier efecto de la verdadera naturaleza y contenido de las operaciones realizadas. Adicionalmente, la citada norma contable adquiere especial valor en tributos que se remiten a estas normas contables expresamente como es el caso del impuesto sobre sociedades.

calificación, para separarlo de la simulación nítidamente, adolece necesariamente de un cierto nominalismo, de forma que pudiera decirse que la cuestión es si el negocio celebrado responde en su configuración al tipo de negocio cuya denominación le han dado las partes. El nombre dado por las partes al negocio no puede cambiar la verdadera naturaleza de éste, especialmente si aquel nombre persigue incluir el negocio celebrado entre los de un determinado tipo y denominación cuando la verdadera naturaleza, o sustancia, del negocio no responde a la de los negocios del tipo o categoría pretendida.

A los efectos tributarios, este principio ha ofrecido varios aspectos controvertidos, entre los cuales destacan tres. En primer lugar, se ha discutido la interpretación del artículo 13 cuando alude a los actos y negocios y no al conjunto de los mismos como objeto de la tarea de calificación. En segundo lugar, se ha debatido el verdadero contenido de este principio, es decir, si este principio se reduce a esa técnica nominalista que hemos mencionado u ofrece otras posibilidades más amplias a la Administración tributaria. Al hilo de este mismo debate se ha discutido si existe una autonomía de la Administración tributaria en el ejercicio de sus atribuciones de calificación que permitiría por otra parte hablar de una calificación específicamente tributaria de los actos o negocios. Finalmente, se han analizado los límites entre los artículos 13 y 16 de la LGT, es decir, las diferencias entre la recalificación de un negocio y la apreciación de la existencia de simulación.

Comenzando con la primera de las cuestiones enumeradas, ha de partirse del hecho de que normalmente el principio de calificación no se proyecta en la práctica tributaria sobre actos o negocios individualmente considerados sino sobre actos o negocios sucesiva o simultáneamente realizados con un propósito unitario o predeterminado. Surge así la noción de complejo negocial o de “*step transactions*”¹⁵ en la terminología anglosajona, como tales conjuntos de

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 21 de julio de 2016 (recurso número 314/2014), ha invocado expresamente esta doctrina de la sustancia económica a efectos contables al resolver un caso de fraude de ley en adquisiciones intragrupo con financiación que origina gastos financieros. En este caso (Metaldyne Engine Holdings), la Audiencia Nacional trae a colación la doctrina del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en relación con el reflejo contable de transmisiones intragrupo cuando pueda entenderse que no ha existido una transmisión real de los activos sino un propósito de obtener una revalorización contable de los mismos. Para la Audiencia Nacional, este criterio de rechazar los efectos contables de las operaciones puede ser tenido en cuenta tanto en supuestos de simulación como de fraude de ley.

¹⁵ De acuerdo con BLANK Y STAUDT (2012), <<[t]he “step transaction” doctrine enables a court to reject a corporation’s tax position by integrating a “series of formally separate ‘steps’ as a single transaction” and then by applying the appropriate tax treatment to the integrated transaction. The effect of this integration is often to treat portions of the transaction individual steps—as if they never occurred, thereby eliminating the sought-after tax benefits. This judicial anti-abuse standard appears in several forms>>. Y los autores citados comentan en relación con estas aplicaciones concretas de la doctrina lo siguiente: <<For example, under the “binding commitment” test, a court may integrate one transaction

actos o negocios que merecen una calificación unitaria que atienda al propósito final realmente perseguido por las partes.

Curiosamente, el legislador sí recoge expresamente esta idea en el artículo 15 de la LGT, cuando, en relación con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, se refiere a actos o negocios que, individualmente considerados o en su conjunto, sean artificiosos o impropios o carezcan de motivos económicos válidos. El artículo 13 habla sólo de hecho, acto o negocio, empleando exclusivamente además el singular para referirse a éstos como objeto del principio de calificación. Sin embargo, una correcta interpretación de este artículo 13 debe permitir sin dificultad que ese principio se refiera a ese conjunto de actos o negocios realizados con un propósito unitario o encaminados a un fin compartido y previsto de antemano por las partes o por quien realice el acto o negocio de que se trate.

En suma, el principio de calificación va a servir para levantar el velo por así decirlo del complejo negocial, prescindiendo de la naturaleza propia de cada acto o negocio individualmente considerado para establecer la naturaleza del conjunto de esos negocios o del negocio que resulte efectivamente de ese conjunto¹⁶.

Más compleja de resolver es la segunda de las cuestiones antes mencionadas. Actualmente, el principio de calificación debe entenderse referido únicamente a la verdadera naturaleza jurídica del acto o negocio, sin que sea posible ninguna referencia, a estos efectos, a una pretendida naturaleza económica de

with a second transaction if there was a binding commitment to undertake the second transaction at the time of the first transaction. See, e.g., J.E. Seagram Corp. v. Comm'r, 104 T.C. 75, 98 (1995). The "interdependence" test provides that two transactions should be integrated if the legal relationships created by the first transaction would be meaningless without the completion of the second transaction. See Redding v. Comm'r, 630 F.2d 1169, 1177 (7th Cir. 1980). The "end result" test enables a court to integrate a transaction's steps if the court determines that the corporation intended to undertake the separate steps simply to achieve a specific end result. See, e.g., King Enters. v. United States, 418 F.2d 511, 519 (Ct. Cl. 1969) (finding an initial exchange of stock and subsequent merger to be a unified transaction when the merger was intended from the outset)>>.

Ver: Joshua D. Blank y Nancy Staudt, "Corporate Shams"; *New York University Law Review*, volume 87, diciembre 2012, número 6.

Ver también: Joshua D. Blank y Nancy Staudt, "Sham transactions in the United States", en *Sham Transactions*, Edwin Simpson y Miranda Stewart, editores, Oxford University Press, Oxford, 2013; páginas 68 y siguientes. Y, Linda D. Jellum, "Codifying and "mis-codifying" judicial anti-abuse tax doctrines"; *Virginia Tax Review*, volume 33, 2014; páginas 101 y siguientes.

¹⁶ Por otra parte, el artículo 13 de la LGT refiere este principio de calificación a hechos, actos o negocios. En cambio, los artículos 15 y 16 aluden sólo a actos o negocios. Por supuesto, esos hechos van a ser relevantes por sus efectos jurídicos en el plano tributario y a esos efectos deberá referirse la calificación jurídica de tales hechos, más allá de la que hayan pretendido imputarles a esos hechos quienes fueran destinatarios de sus efectos jurídicos.

aquéllos. Aunque fuese ésta una discusión clásica en su momento, no resulta desde luego relevante hoy esa posible naturaleza económica y así lo reconoce el propio artículo 13 cuando expresamente se refiere a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado.

No obstante, más allá de esta superada discusión, se ha debatido también si esa naturaleza jurídica puede ser una supuesta naturaleza jurídico-tributaria, distinta de la que al acto o negocio correspondería desde otras ramas del ordenamiento¹⁷. A nuestro juicio, el acto o negocio tendrá la naturaleza jurídica que le corresponda de acuerdo con el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en su caso, conforme a las normas civiles o mercantiles que sean de aplicación. Un negocio o un contrato no pueden tener una naturaleza jurídico-tributaria diferente a la naturaleza jurídica que les corresponda desde el punto de vista civil, mercantil o laboral. Dicho con otras palabras, el principio de calificación debe aplicarse desde la perspectiva de la unidad del ordenamiento jurídico y la coherencia de las categorías jurídicas generales. Un negocio no puede merecer diferentes calificaciones según la rama del ordenamiento jurídico que se enfrente a él. Y, en este sentido, el artículo 13 de la LGT se puede entender completado con lo dispuesto en el artículo 12.2 de la misma ley, precepto que señala que en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda. Luego, si la ley tributaria anuda una consecuencia fiscal a un tipo de acto o negocio, será la ley que rige ese acto o negocio la que servirá para determinar si el acto o negocio realizado tiene esa naturaleza.

Por supuesto, el legislador tributario es libre de dar a las instituciones civiles o mercantiles un tratamiento específicamente fiscal que soslaye aspectos de aquellas propios de su régimen jurídico privado¹⁸. Sin embargo, la Administración tributaria o cualquiera que aplique el ordenamiento tributario no puede construir calificaciones jurídicas supuestamente propias del ordenamiento tributario al margen de las que resulten del ordenamiento jurídico más inmediatamente aplicable. Dicho con otras palabras, la Ley de IRPF puede construir un concepto autónomo fiscal cuando define la noción de rendimiento del capital inmobiliario. Igualmente, la ley fiscal puede considerar los

¹⁷ Por todos ver: Miguel Wert Ortega, “La autonomía de la facultad de calificación tributaria del artículo 13 de la LGT. Análisis de la SAN de 6 de marzo de 2014, rec. núm. 121/2011”; *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, número 376, julio 2014; páginas 137 a 144.

¹⁸ El propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, advertía <<[q]ue la legislación tributaria, en atención a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que sin embargo tampoco puede ignorar) y que, en consecuencia, es en principio constitucionalmente lícito que el régimen fiscal del matrimonio sea establecido de modo uniforme, sin atender a la variedad posible en la práctica. No puede ignorarse, sin embargo, el hecho de que en esta, hay supuestos en los que la sujeción conjunta resultaría discriminatoria por la inexistencia de las circunstancias que normalmente la justifican>>.

rendimientos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles como rendimientos del capital en unos casos y como rendimientos derivados de actividades económicas en otros, según concurran o no ciertas circunstancias previstas en la ley fiscal. En cambio, si la ley fiscal anuda una consecuencia fiscal al arrendamiento de bienes inmuebles, la noción de arrendamiento será la que resulte de la ley civil o mercantil que regule ese arrendamiento sin que quepa sostener que existe un concepto fiscal de arrendamiento derivado de la finalidad económica del impuesto.

Sin embargo, la cuestión dista en la práctica de estar clara debido por un lado a la pretendida autonomía de la Administración tributaria cuando usa sus facultades de calificación y, por otro, a un uso amplio de la propia noción de calificación que en ocasiones se la hace coincidir con la posibilidad alternativa de utilizar cualquiera de los instrumentos antielusión previstos en el ordenamiento tributario y, en concreto, en los artículos 13,15 y 16 de la LGT.

Defendiendo la autonomía de la calificación en el campo tributario, WERT ORTEGA (2014) señala que el fundamento último de la misma se encontraría en la necesidad de asegurar los principios constitucionales recogidos en el artículo 31 de la Constitución y, en particular, la tributación de acuerdo con la capacidad económica de cada obligado tributario¹⁹. Esta referencia al principio de capacidad económica se encuentra también en la defensa de una concepción amplia de la noción de calificación. Buen ejemplo de ello lo encontramos en el caso abordado en dos Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011 y otra de 15 de noviembre de 2011 (recursos de casación núm. 5567/2007, núm.6068/2007 y núm. 153/2008) en las cuales el Alto Tribunal asume el parecer de la Sala de instancia y parte de una perspectiva fiscal ante unos negocios que a su juicio han pretendido esquivar la norma tributaria para obtener una ventaja patrimonial, consistente en la menor carga fiscal. Frente a ello la norma tributaria contaría con el instrumento de la calificación jurídica de los hechos con arreglo a su verdadera naturaleza jurídica. Como quiera que los contratos deben calificarse atendiendo a la intención de los contratantes y al contenido obligacional previsto en ellos, sin que dicha calificación deba vincularse a la denominación que las partes formalmente indiquen, la Sala entiende que nos encontramos ante un negocio indirecto y, por ende, concluye que el auténtico negocio llevado a cabo no es otro que conseguir, mediante la interposición de las sociedades inactivas, producir un perjuicio a la Hacienda Pública al dejar de tributar los beneficios obtenidos por la venta de unos activos en el IRPF.

Esta misma concepción amplia de la calificación se encuentra detrás de la redacción dada al artículo 115.2 de la LGT tras su reforma en 2015, cuando nos dice que en el desarrollo de las funciones de comprobación e investigación

¹⁹ Miguel Wert Ortega, op. cit. en nota 17.

la Administración tributaria podrá calificar los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que éste último hubiera dado a los mismos y del ejercicio o periodo en el que la realizó, resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 16 de esta Ley. Luego el legislador de 2015 entiende que la calificación, no ya de actos o negocios sino también de explotaciones o actividades, puede conducir no sólo al artículo 13 sino asimismo al 15 o al 16 de la LGT. Así entendida la calificación desborda el marco del artículo 13 de la LGT y pierde el sentido unívoco que debe conservar en este precepto concreto de la ley. En ese otro sentido amplio, la calificación supone ya cualquier actividad dirigida a identificar un hecho para subsumirlo en una norma.

Sin embargo, cuando nos hallamos ante la tarea de determinar estrictamente la naturaleza jurídica de un acto o negocio, pensamos que no existe, como ya hemos anticipado, una calificación de esa naturaleza a los solos efectos tributarios sino que esa calificación debe llevarse a cabo a la luz del conjunto del ordenamiento jurídico. Este es el criterio que también ha seguido el Tribunal Supremo en un asunto singular como el resuelto en la Sentencia de 9 de febrero de 2016 (recurso de casación núm. 325/2015). En relación con las consecuencias en el IRPF del negocio de apartación del Derecho civil de Galicia, el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

[E]n definitiva es la ley, emanada de quien tiene la potestad para hacerlo, la que define los presupuestos determinantes de la obligación tributaria, si dichos presupuestos lo constituyen negocios o situaciones propias de una rama del Derecho, la correcta interpretación y aplicación de la ley tributaria no pasa determinativamente por la interpretación sobre la naturaleza, las características y el alcance de aquellos negocios o situaciones, sino por las consecuencias económicas o patrimoniales tenidas en cuenta para la delimitación de la obligación tributaria. Por lo tanto, en el presente lo que se dilucida, art. 100.2 de la LJCA, es la interpretación y aplicación del art. 33.3.b) de la LIRPF.

Cosa distinta es que el legislador tributario determine los presupuestos determinantes de la obligación tributaria mediante actos, negocios o situaciones propias de otras ramas de Derecho, en cuyo caso, excepto en aquellos supuestos en los que en base a la autonomía del Derecho Tributario se le dote de un contenido propio asignándole un significado diferente, su significado, sentido jurídico, vendrá dado por la regulación realizada en aquella rama del Derecho de la que procede, art. 12.2 de la LGT . Por lo que es evidente que cuando la ley grava las ganancias y pérdidas patrimoniales, y considera que no existen tales con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte, habrá que estar a lo que el Derecho privado entiende por tal, y si la regulación que se hace de la

apartación gallega puede integrarse o no en aquellas transmisiones, teniendo en cuenta que su significado debe ser aquel que se adapte a las consecuencias tributarias consideradas por el legislador tributario en cuanto reveladora de la capacidad contributiva que ha elegido gravar.

(FD 3º)

[...]

En ausencia de una significación tributaria propia, las exigencias de legalidad y seguridad jurídica que imperan en esta materia, exigen que lo procedente sea que el interprete (sic) acuda para determinar su significado y alcance a la rama del Derecho de la que procede y es evidente que las transmisiones por causa de muerte o "mortis causa", constituyen un concepto jurídico elaborado en el marco del Derecho civil perfectamente delimitado; por lo tanto, siguiendo lo ordenado por el citado art. 12.2, estando ante un concepto jurídico procedente de otra rama del Derecho, delimitado por el legislador como presupuesto de la norma, cuya interpretación constituye el presente debate, a su significado y alcance habrá de estarse, primero para determinar qué no considera la ley ganancias o pérdidas patrimoniales, y segundo si la aportación gallega es una transmisión gratuita por causa de muerte del contribuyente.

(FD 4º)

El Alto Tribunal ha reiterado este planteamiento en su Sentencia de 13 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 258/2016). En relación con la aplicación del régimen especial del Impuesto sobre Sociedades a una escisión parcial, la Sala afirma que “[d]ebe atenderse a la concreta configuración que en el Derecho Tributario se le ha otorgado a la institución, concepto o figura en particular que es objeto de examen; y ello en base a la autonomía del derecho Tributario que permite una configuración propia y diferente, e incluso en un impuesto en concreto, a como se hace en otras ramas jurídicas”. Sin embargo, la Sala continúa advirtiendo que “[c]uando el legislador tributario perfile los presupuestos determinantes de la obligación tributaria mediante actos, negocios o situaciones propias de otras ramas de Derecho, excepto en los supuestos en los que en base a la autonomía del Derecho Tributario se le dote de un contenido propio asignándole un significado diferente, su significado y sentido jurídico vendrá dado por la regulación realizada en aquella rama del Derecho de la que procede, art. 12.2 de la LGT”. Por lo tanto, “[a]nte la ausencia de una delimitación conceptual de las operaciones societarias a las que le son aplicables el régimen especial de diferimiento, resulta adecuado su delimitación desde el ámbito mercantil en el que se regula esta figura”.

Mucho antes, este debate se planteó en su día, con todas sus implicaciones, en torno al llamado caso de los seguros a prima única. Entonces prevaleció ya la postura de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 7 de noviembre de 1997, de la Sección Segunda de su Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso núm.1466/1991). La Sala entendió que no era posible hablar de una naturaleza económica como algo diverso de la naturaleza jurídica para con ello alterar la tributación de un determinado negocio. Pero más allá de esta afirmación, que sólo puede entenderse en el contexto del viejo artículo 25 de la LGT antes de la reforma de 1995, la Sala añadió que *<<[l]a naturaleza de los negocios ha de tener perfiles unitarios, por más que su concreta indagación presente en muchos casos no pocas dificultades, y ello es lo que ha de presidir el régimen jurídico de la institución de que se trate>>.* Asimismo, para la Sala, *“si la Ley fiscal no altera la Ley sustantiva, el régimen de tributación ha de partir ineludiblemente de los negocios jurídicos e instituciones propios del Derecho sustantivo, tal y como estén en él configurados>>* (FD 6º).

Nada añadió a esta doctrina la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2002 (recurso de casación núm. 9712/1997) que confirmó la anterior de la Audiencia Nacional²⁰, aunque tampoco se apartó el Alto Tribunal del empleo de esa técnica de calificación que había guiado a la Sala de la Audiencia Nacional²¹.

Este mismo debate sobre la noción de calificación, nos conduce al último punto anticipado, el relativo a la diferencia entre calificación y simulación. Si asumimos una noción estricta de calificación y nos situamos en la norma contenida en el artículo 13 de la LGT, cuando la técnica antielusión empleada

²⁰ Más tarde, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 1402/1999), en el caso de los llamados bonos austriacos, sí afirmaría que *<<debe evitarse una interpretación de las normas tributarias basada en la naturaleza económica del hecho imponible>>* (FD 5º). En realidad, el deseo del legislador entonces de evitar esa interpretación económica condujo a la redacción del artículo 28.2 de la LGT 1963, con ocasión de su reforma por obra de la Ley 25/1995, de 20 de julio, frente a la redacción anterior del artículo 25 de la LGT también modificado entonces para ceñirlo al tratamiento de la simulación.

²¹ Recientemente, el Tribunal Supremo se ha ocupado de cuestiones de calificación en algunos casos notables. Podemos destacar, en primer lugar, el caso de la calificación como arrendamientos de bienes o como arrendamientos de servicios de los negocios de cesión de aeronaves en relación con el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte [ver entre otras las sentencias de 21 de febrero de 2014 (recurso de casación núm. 4185/2011) y de 4 de noviembre de 2015 (recurso de casación núm. 280/2014)].

En el terreno internacional, encontramos la Sentencia de 10 de julio de 2014 (recurso de casación núm. 1516/2013; caso Asturiana del Zinc), sobre la calificación como dividendos de los rendimientos derivados de unas acciones preferentes sujetas en su emisión a Derecho australiano.

En relación con la calificación de préstamos participativos podemos señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2013 (recurso de casación núm. 1255/2011) y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2014 (recurso núm. 121/2011).

es el principio de calificación, nada se ha ocultado y la tarea de calificación se proyecta sobre el negocio y sus condiciones tal y como éstas han trascendido a terceros y en particular a la Administración tributaria. En cambio, la simulación implica una ocultación en la medida en la cual las partes han ocultado su voluntad real y han manifestado una voluntad distinta.

Por supuesto, esta diferenciación no resulta en ocasiones fácil, especialmente cuando, como veremos, la simulación se construye sobre la idea de la ausencia de causa en un negocio aparentemente querido por las partes. En tal caso, la ocultación es muy tenue y la técnica antielusión empleada recuerda la propia de la calificación aunque el resultado sea el de simulación por ausencia de causa o por la apreciación de una causa ilícita en el negocio celebrado y manifestado por las partes. En el terreno civil, por añadidura, se subsume frecuentemente la calificación en la teoría de la simulación como un problema en definitiva de simulación relativa.

Sin embargo, en el ámbito tributario, la cuestión de distinguir entre calificación, o más bien recalificación, y simulación adquiere mayor importancia desde la perspectiva de las consecuencias punitivas de la conducta. Una cuestión de calificación puede quedar amparada por la ausencia de negligencia o por la teoría de la interpretación razonable de la norma a fin de excluir la existencia de una infracción tributaria en la elusión del contribuyente. Una calificación incorrecta puede ser una calificación razonable, que excluye la culpabilidad necesaria para integrar el tipo de la infracción tributaria ex artículo 191 de la LGT. Por el contrario, una simulación no podría excluir nunca la culpabilidad de esta manera. Es más, la ocultación propia de la simulación se trasladaría sin dificultad a la ocultación que cualifica esa infracción como grave, conforme a los artículos 184.2 y 191 de la LGT, así como al dolo propio del delito de defraudación tributaria recogido en el artículo 305 del Código Penal. De esta manera, una distinción a veces sutil como la que debe hacerse entre recalificación y apreciación de una simulación, tiene unos efectos trascendentes en el terreno del ordenamiento sancionador.

Para terminar, aludiremos a una cuestión que afecta a la facultad de calificación y a la aplicación de las demás normas antielusión. Cada vez con más frecuencia, la Administración tributaria deberá enfrentarse a negocios regidos por o bien sujetos a una ley extranjera. A la hora de calificar ese acto o negocio, la Administración deberá aceptar la aplicación de esa ley extranjera y la parte deberá probar el contenido y la vigencia de la misma de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 281.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil²². Si el Tribunal

²² Dispone este apartado segundo del artículo 281 de la LEC lo siguiente: “También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. Deben tenerse en cuenta

Supremo, en la Sentencia citada de 9 de febrero de 2016, ha recordado que las normas fiscales no pueden aplicarse como si descansasen sólo sobre el Derecho civil común, olvidando en ese caso el Derecho civil propio de Galicia, igualmente las normas fiscales no pueden aplicarse olvidando que los negocios producen los efectos que les son propios de acuerdo con el ordenamiento por el que se rigen, que no tiene que ser siempre el ordenamiento español. Igualmente, la Administración española no puede considerar simulado, nulo o ineficaz un negocio por tratarse de una institución desconocida en el Derecho español, salvo que se trate de una institución extranjera contraria al orden público español. En tal caso, el aplicador español deberá analizar la sustancia de ese acto o negocio para predicar de él los efectos legales que procedan en España incluso por analogía. Cuestión distinta obviamente es que la Administración pueda entender con razón que la ley fiscal española atribuye a esos negocios sujetos a la ley extranjera unos efectos tributarios diferentes a los que resultan de la ley fiscal aplicable en el país por cuya ley se rigen. Y, por supuesto, la Administración tributaria está facultada para aplicar las normas generales antielusión españolas antes tales actos o negocios, bien para dar a aquellos la calificación que proceda a los efectos fiscales españoles o bien para investigar la posible existencia de una ocultación, siempre teniendo en cuenta la realidad de las relaciones creadas con arreglo a la ley extranjera y el espíritu de la ley fiscal española.

2.6 Los negocios simulados y el concepto de simulación en el ordenamiento tributario

2.6.1 La simulación en el artículo 16 de la LGT

Las consecuencias tributarias de la simulación negocial aparecen recogidas en el artículo 16 de la LGT, cuyo antecedente sería el artículo 25 de la LGT 1963, asimismo procedente de la reforma de 1995.

Este artículo 16 de la LGT, en sus dos primeros apartados, recoge ya algunas novedades importantes respecto del artículo 25 de la LGT anterior²³. En primer lugar, el artículo 16, siguiendo los pasos del artículo 13, refiere la simulación a los actos o negocios. Y debemos entender sin dificultad que esta expresión debe entenderse referida al conjunto de los actos o negocios realizados que sean relevantes.

Sin embargo, y sorprendentemente desde un punto de vista técnico, al artículo 16, en su apartado primero, en lugar de referirse a las obligaciones tributarias, dispone que “el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por

también las normas contenidas en los artículos 33 a 36 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

²³ En la redacción que recibe tras la modificación de la LGT 1963 por la Ley 25/1995, de 20 de julio.

las partes”. Recordemos que el artículo 20 de la LGT define el hecho imponible como el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal. Realmente, resulta estrecha esta concepción de la simulación, así ceñida al hecho imponible, cuando el acto o negocio simulado puede afectar a cualquier elemento relevante en la determinación de la deuda tributaria. Sin duda, una interpretación correcta del artículo 16 de la LGT obliga a entender que la Administración tributaria debe apreciar en su caso la existencia de simulación en relación con cualquier acto o negocio cuando sea relevante para la liquidación del tributo en cualquiera de los elementos de esa cuantificación de la obligación tributaria, tanto en relación con la base imponible o liquidable como en definitiva respecto de la cuota o cantidad debida a la Hacienda Pública. Igualmente, esa facultad de la Administración tributaria puede ejercitarse en relación tanto con la obligación tributaria principal como con la obligación de realizar pagos a cuenta y, en particular, la obligación propia del retenedor. El artículo 16 de la LGT, siguiendo la técnica del artículo 13, debería haber dispuesto que en caso de simulación, las obligaciones tributarias se exigirían con arreglo a los actos o negocios realmente realizados por las partes²⁴.

No se hallaba en el artículo 25 de la LGT 1963 la norma que hoy recoge el apartado tercero del artículo 16 de la LGT 2003. Nos dice esta última que en la regularización derivada de la existencia de simulación, se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente. Aisladamente considerado, el precepto resulta extraño. Dispone primero algo obvio a la vista de la concepción clásica de los intereses de demora y de lo que hoy prevé el artículo 26 de la LGT. A continuación, respecto de la posible sanción, la norma dispone algo que o bien es obvio o bien colisiona con el terreno propio de la tipificación de las infracciones tributarias, terreno situado en el Título IV de la LGT. En realidad, el apartado responde al deseo del legislador de 2003 de resaltar las diferencias entre la simulación y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en la medida en la que el artículo 15.3 de la LGT excluía radicalmente la imposición de sanciones. Tras la reforma de la LGT en 2015, el precepto debe entenderse teniendo en cuenta la posibilidad de imposición de sanciones en los casos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 206 bis de la LGT.

Por lo tanto, el artículo 16.3 advierte que en el caso de la simulación sí cabe desde luego la imposición de sanciones, a diferencia de lo que sucede en el caso del conflicto en la aplicación de la norma tributaria en el que la regla

²⁴ El artículo 16 de la LGT recoge en realidad un defecto técnico que ya estaba presente en el artículo 25 de la LGT 1963, que incluía idéntica referencia al hecho imponible. Sin embargo, el carácter de la simulación, como institución general del ordenamiento, permitió a los tribunales aplicar dicho precepto siempre que fuese necesario para la correcta liquidación o exigencia del tributo.

general es la ausencia de esas sanciones. Con independencia de lo superfluo de esta advertencia que sería entonces necesaria en cualquier supuesto de regularización tributaria no derivada del artículo 15, el problema real es otro y se encuentra en la identificación entre simulación y ocultación, por una parte, y entre simulación y dolo penal, por otra. En aparente puridad de principios, la declaración de la existencia de simulación arrastra casi necesariamente al terreno de ambas circunstancias y, en consecuencia, al de la posible existencia de un delito de defraudación tributaria, siempre que concurren los demás elementos del tipo y, especialmente, la cuota defraudada mínima. Sin embargo, como veremos al analizar la práctica de nuestros tribunales, esta posición conduce a un doble problema. Por un lado, nuestros tribunales y sobre todo el Tribunal Supremo en algunas sentencias decisivas, han asumido una noción amplia de simulación trayendo a este campo los negocios sin causa o con causa ilícita apreciados sobre todo a la vista del propósito fiscal perseguido por las partes. De esta manera, la simulación ha surgido no sólo en supuestos de divergencia entre la voluntad real y la manifestada por las partes sino en casos de falta de causa de un negocio o de ilicitud de la misma, cuando el negocio no ha producido sus efectos propios y se ha realizado por motivos fiscales. En la aplicación de estas normas antielusión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵, este camino ha desdibujado las fronteras entre la simulación y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria introduciendo dosis de incertidumbre en el ámbito del Derecho sancionador tributario²⁶.

Volviendo pues al campo de la pura interpretación del artículo 16 de la LGT, a nuestro juicio, este precepto no recoge una regulación de la simulación a los efectos tributarios y se limita a habilitar a la Administración tributaria para aplicar esta técnica antielusión. Aunque el artículo 16 de la LGT disponga que en los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, el precepto no hace sino reflejar así un principio general de derecho, que ni siquiera necesitaría de su recepción expresa en el ordenamiento tributario, precisamente por esa coherencia que debe presidir la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico como un todo. Sin embargo, el precepto de la LGT no es superfluo si advertimos que su contenido normativo real se encuentra en su apartado segundo, cuando prevé que la existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.

²⁵ Como veremos en profundidad más tarde al analizar esa jurisprudencia.

²⁶ Los inconvenientes del camino seguido por nuestros tribunales se han puesto de relieve sobre todo en algunas sentencias recientes entre las que destacan las relativas al caso DORNA, sentencias de 24 de febrero de 2016 y, con anterioridad, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014 (caso Hospital Recoletas de Castilla y León).

De esta manera, la LGT despeja las dudas que pudieran existir sobre las atribuciones de la Administración tributaria para declarar la existencia de simulación en un negocio, en el marco de sus potestades de comprobación e investigación. El artículo 16 de la LGT, inequívocamente, faculta a la Administración tributaria para apreciar por sí misma la existencia de simulación, sin necesidad de acudir a un juez civil para que aprecie este vicio del negocio y proceda a declarar su nulidad. Este es el verdadero y trascendente contenido normativo del artículo 16 de la LGT, que no supone la recepción en el ordenamiento tributario de una institución bien conocida sino que pretende habilitar a la Administración tributaria para aplicar esa figura evitando que pudiera entenderse que la Administración no podría prescindir del negocio aparentemente realizado sin obtener previamente su nulidad en sede de la jurisdicción ordinaria. Por supuesto, esta habilitación o atribución de la Administración tributaria arrastra a la jurisdicción contencioso-administrativa que será la encargada del control de legalidad sobre la liquidación de la Administración basada en la apreciación de la existencia de simulación, sin que exista prejudicialidad civil alguna.

La LGT nos dice además que la apreciación de la simulación se hará sin que esa calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. Esta norma podría ser entendida abriendo camino a una concepción exclusivamente tributaria de la simulación. A nuestro juicio, no parece correcta esta interpretación. La institución de la simulación responde a principios generales que el ordenamiento tributario comparte. Esta norma sólo trata de salvar la estanqueidad del proceder de la Administración tributaria. Si ésta va a apreciar la existencia de simulación sin necesidad de acudir a un juez civil, la liquidación consiguiente tampoco va a producir efectos civiles. Desde esta última perspectiva, el acto o negocio mantiene su eficacia, sin perjuicio del valor probatorio que un juez civil otorgue al previo pronunciamiento de la Administración tributaria.

Cuestión distinta es que por razones constitucionales, vinculadas al principio de tutela judicial efectiva, la Administración tributaria pueda quedar vinculada por un pronunciamiento judicial previo acerca de aquellos hechos o indicios de los que resulta la simulación. En cambio, un juez civil no quedaría vinculado por una previa liquidación de la Administración tributaria, ni siquiera aunque ésta fuese confirmada en sede jurisdiccional, o al menos esto último se desprendería de la redacción dada a este artículo 16.2 de la LGT²⁷.

²⁷ Recuérdese el contenido del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dice esta norma lo siguiente:

4.- Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de

Siguiendo una larga tradición, la Ley recorta esta atribución de la Administración. La Administración tributaria únicamente puede apreciar la existencia de simulación como fundamento de un acto de liquidación y no como razón de ser de otro tipo de actos o resoluciones en la aplicación de los tributos. Esta división tiene una especial trascendencia en el terreno de la recaudación de los tributos. La Administración, en un procedimiento de recaudación y, más concretamente, en el procedimiento de apremio no puede apreciar la existencia de simulación sino que debe acudir a un juez civil para que sea éste el que declare la nulidad del negocio permitiendo así el éxito del procedimiento recaudatorio²⁸.

Por otra parte, nada dice el artículo 16 de la LGT sobre la cuestión de la prueba y de la carga de la misma. Sin embargo, conforme a los principios generales del ordenamiento español, que recoge el artículo 105 de la LGT, ofrece pocas dudas que corresponde a la Administración probar la existencia de esa simulación. Ahora bien, como los tribunales civiles han declarado en reiteradas ocasiones, la existencia de simulación no sólo puede sino que normalmente va a ser probada mediante indicios, consistentes en las circunstancias que rodearon aquel acto o negocio y de las cuales puede deducirse o presumirse razonablemente la existencia de simulación²⁹.

2.6.2 El concepto de simulación

Como ya hemos señalado, la declaración de la existencia de simulación por la Administración tributaria ha de descansar en un concepto unitario de simulación, un concepto que no puede ser otro que el propio de la simulación en la teoría general del negocio jurídico. Ahora bien, frente a lo que pudiera pensarse inicialmente, no existe propiamente hablando ni un concepto de simulación en nuestro derecho positivo ni una noción única o unívoca de simulación en nuestra jurisprudencia.

Tradicionalmente, la simulación se ha caracterizado en nuestra doctrina civilista por dos notas principales:

- a) Ante la ausencia de un tratamiento positivo de la simulación en nuestro Código Civil, ésta se ha venido considerando como un defecto del

lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

²⁸ La cobertura legal de estas acciones se hallaría en el artículo 8º de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre), conforme al cual la Hacienda Pública estatal podrá ejercitar cualesquiera acciones judiciales que sean precisas para la mejor defensa de sus derechos.

²⁹ Ver en este sentido la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2016 (2042/2016), con algunas interesantes matizaciones sobre este uso de las presunciones para la prueba de la simulación.

negocio que afecta a la causa del contrato³⁰, lo que llevaría la simulación en definitiva al terreno de los artículos 1275 y 1276 del Código Civil.

b) De acuerdo con la exposición clásica de Federico de Castro³¹, la simulación se ha vinculado a la ocultación. La simulación existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial, bien sea éste contrario a la existencia misma del negocio, en cuyo caso nos hallaremos ante una simulación absoluta, bien sea ese propósito propio de un negocio distinto, supuesto de simulación relativa. La simulación podría entenderse como un vicio en la declaración de voluntad de las partes que ocultan o disimulan total o parcialmente su verdadera intención. Por supuesto, las partes desean llevar a cabo la declaración de voluntad que realizan. Sin embargo, esa voluntad manifestada oculta el propósito de perseguir un resultado distinto o, lo que sería lo mismo, una causa contractual diferente³².

En esta misma línea, ALBALADEJO GARCIA (2005) considera el negocio simulado como un negocio que aparenta lo que no es de forma que la declaración de voluntad que contiene es una falsa realidad, que no responde a una voluntad negocial verdadera, pues lo que se declara no se quiere. De esta manera, añade este autor, “[d]el negocio simulado hay que distinguir el que sí

³⁰ La noción de causa procede de una concepción determinada del negocio jurídico. Es importante tener en cuenta que la reciente reforma del Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia que ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2016, ha supuesto el abandono de la noción de causa, exigiendo el artículo 1128 del Código Civil francés “*un contenu licite et certain*”.

Ver: Victor Bastante Granell, “La reforma francesa del derecho de contratos y obligaciones: presentación y estudio preliminar(1)”; *Actualidad Civil* número 9, septiembre 2016; página 112.

³¹ Ver: Federico De Castro Bravo, *El negocio jurídico*; Civitas, Madrid, 2002.

³² Así, en una sentencia reciente como la de 11 de febrero de 2016 (sentencia 357/2016), la Sala Primera del Tribunal Supremo nos recuerda que la simulación “<<[n]o es otra cosa que la apariencia negocial. Bajo ésta se oculta un caso inexistente –simulación absoluta- o bien otro negocio jurídico distinto –simulación relativa-. Lo cual es atinente a la causa del negocio: si no la hay la simulación será absoluta y el aparente negocio será inexistente por falta de causa; si hay una causa encubierta y es lícita, existirá el negocio disimulado, como simulación relativa. En el primer caso, se aplica el artículo 1275 en relación con el 1261. 3º, del Código civil y en el segundo, no existirá el negocio simulado, pero sí el disimulado, conforme al artículo 1276 del Código civil.

Es abundante la jurisprudencia sobre la simulación. Así, sobre la absoluta son las de 31 diciembre 1999, 6 junio 2000, 17 febrero 2005, 20 octubre 2005 sobre compraventa «en que no ha habido precio». Y la de 14 noviembre 2008 que dice: «...de la falta real de precio en la compraventa «se deriva la consecuencia jurídica de simulación absoluta que implica la inexistencia del contrato por falta del elemento esencial de la causa (así, Sentencias de 30 octubre 1985, 16 abril 1986, 5 marzo 1987, 29 septiembre 1988, 16 junio 1989, 1 octubre 1990, 1 octubre 1991, 23 julio 1993, 16 marzo 1994)»; a lo que cabe añadir, con la sentencia de 13 marzo 1997, que la falta absoluta de causa no admite condicionante alguno «pues lo que no existe no puede generar consecuencia alguna de licitud o ilicitud». Y sobre la relativa, sentencias de 7 julio 2005, 28 enero 2009, 29 diciembre 2011»>».

se quiere, luego no se simula, aunque se le quiera (porque se le quiere verdaderamente), si bien por razones que no sean las propias del caso”³³.

Por otra parte, estas causas falsa y real, serían diferentes de la llamada “causa simulationis”, la cual no sería una verdadera causa comercial sino la razón de ser, lícita o ilícita, de la simulación, como podría ser a nuestros efectos el propósito de eludir el pago de un tributo.

Esta concepción de la simulación, que descansa en la prueba de esa ocultación y de ese propósito comercial distinto, es válida en el campo de la aplicación de los tributos, sin especiales dificultades. Dicho de otro modo, esta noción de simulación puede ser utilizada por la Administración tributaria sin dificultades distintas de las que se han observado reiteradamente en la práctica civil. De esta forma, esas dificultades se situarían principalmente en el terreno de la prueba de la simulación, lo cual ha llevado a los tribunales civiles a aceptar la prueba por indicios y a advertir que dada la naturaleza misma de la simulación ésta de ordinario no va a resultar evidente o susceptible de una prueba directa por los terceros perjudicados, de tal manera que la simulación deberá acreditarse ordinariamente mediante indicios y presunciones racionales que permitan al juez llegar a la conclusión de existir un propósito comercial diferente al manifestado por las partes.

Sin embargo, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones ha utilizado no sólo la noción de simulación, en un sentido propio, sino también la de negocio sin causa o con causa ilícita. En ocasiones se ha pensado que estas nociones son sinónimas o que reflejan una misma realidad, cuando no es así.

Entre otras destaca sin duda la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 (sentencia 265/2013). Nos hallamos precisamente ante una demanda interpuesta por la Agencia Estatal de Administración Tributaria ante una aportación societaria que se considera realizada en fraude de la Hacienda Pública como acreedora. Y nos encontramos ante una sentencia del Alto Tribunal en la que éste expone con gran detalle las diferencias entre las diferentes figuras relevantes en el caso (los subrayados son nuestros):

[L]a simulación absoluta es cuestión atinente a la causa del negocio, que suele encuadrarse en los "contratos sin causa" de que habla el art. 1275 del Código Civil y en la "expresión de una causa falsa" de que habla el art. 1276 del Código Civil cuando no encubre una causa verdadera, supuesto en que se trataría de una simulación relativa.

³³ Manuel Albaladejo García, *La simulación*; EDISOFER, Madrid, 2005; página 18.

Como desde antiguo puso de relieve la jurisprudencia (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1961), la disciplina jurídica de la causa es una de las cuestiones más oscuras y llena de equívocas polisemias del Derecho de obligaciones y contratos. En principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art. 1275 del Código Civil (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 760/2006, de 20 de julio, RC núm. 3121/1999, y núm. 83/2009, de 19 de febrero, RC núm. 2236/2003) cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 426/2009, de 19 de junio, RC núm. 1944/2004 , y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

(FD 3º)

Para el Tribunal Supremo, aunque en ocasiones se haya dicho que existe una simulación absoluta motivada por una causa ilícita, en otros casos se ha diferenciado claramente la simulación absoluta, que da lugar a un negocio meramente aparente y sin causa, y la causa ilícita, que presupone un negocio no aparente pero con una causa teñida de ilicitud³⁴.

³⁴ El Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 24 de abril de 2013 dice literalmente lo siguiente:

Lo expuesto puede explicar que en ocasiones las propias sentencias de esta Sala han considerado que cuando existe una simulación negocial absoluta motivada porque se persigue un propósito ilícito, se da una causa ilícita determinante de la nulidad del contrato (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1975 , núm. 56/2003, de 27 de enero , RC núm. 1910/1997 , y núm. 458/2007 , 9 de mayo, RC núm. 2097/2000 , entre otras), si bien en otros casos se ha diferenciado claramente la simulación absoluta, que da lugar a un negocio meramente aparente y sin causa, y la causa ilícita, que presupone un negocio no aparente pero con una causa

Esta doctrina ha sido seguida por la Sala Primera con posterioridad en las sentencias de 10 de junio (sentencia 359/2015) y de 3 de noviembre de 2015 (sentencia 575/2015), así como en la de 24 de noviembre de 2016 (sentencia 695/2016). En la Sentencia de 3 de noviembre de 2015, en un caso asimismo de negocio en posible fraude de acreedores, se diferencian con claridad los supuestos de nulidad por simulación, nulidad por causa ilícita y rescisión debida al ejercicio de la acción pauliana, señalando que “[c]uando existe una mera apariencia comercial porque las partes intentan encubrir con la celebración ficticia del negocio la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que tratándose de un negocio traslativo, no se produzca (ni haya propósito de que ello acontezca) la traslación patrimonial ni la realización de la contraprestación, nos encontramos ante una simulación absoluta”. Sin embargo, la acción de nulidad cabe asimismo cuando “[n]o estemos ante una mera apariencia comercial pues las obligaciones contraídas por las partes y la voluntad de contraerlas son reales”, si el fraude es “[e]l propósito perseguido por ambas partes y que justifica la celebración del negocio” (FD 9º)³⁵.

2.6.3 Una primera aproximación a la simulación tributaria

En el ámbito tributario, la simulación ha sido declarada especialmente en negocios con unas características específicas que acrecientan las dificultades inherentes a la apreciación de un acuerdo simulatorio. Cuando la Administración tributaria y los Tribunales de Justicia se han enfrentado a la posible existencia de simulación, normalmente se han encontrado ante operaciones societarias, como ocurre en los complejos negociales de

teñida de ilicitud (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 928/2005, de 21 de noviembre, RC núm. 1238/1999.

Puede considerarse que en los casos en que existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia hace referencia a la "causa ilícita" se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente justamente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación. Dado que pueden existir móviles determinantes de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales (la jactancia, la discreción, la confianza), pueden distinguirse simulaciones absolutas con causa lícita y con causa ilícita, por más que la simulación absoluta sea siempre una patología determinante de la nulidad absoluta del negocio, pues "los contratos sin causa...no producen efecto alguno" según prevé el art. 1275 del Código Civil.

(FD 3º)

³⁵ Finalmente, la acción rescisoria por fraude de acreedores tendría un carácter objetivo con independencia de la realidad del negocio y del propósito del mismo, basándose en el mero perjuicio sufrido por los acreedores demandantes.

En la citada Sentencia de 24 de noviembre de 2016, en un contrato de swap de tipos de interés, alegada por el prestatario de una entidad de crédito la ilicitud y ausencia de causa, la Sala niega la ilicitud pretendida, porque, como ya se había afirmado en la Sentencia 426/2009, de 19 de junio, para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo.

aumentos y reducciones de capital, o sobre todo se han hallado ante negocios realizados entre partes vinculadas, ya resultase esa vinculación de la pertenencia a un mismo grupo societario, del control de una persona física sobre una o varias entidades o de los vínculos familiares existentes entre las partes.

En todos estos casos, la declaración de simulación ofrece al menos las siguientes características:

a) En primer lugar, va a existir una voluntad única o una unidad de dirección por encima de las partes del propio negocio realizado. Así, cuando dos sociedades de un mismo grupo realizan un negocio, es necesario aceptar de antemano la existencia de una unidad de dirección o de decisión sobre ambas entidades, es decir, de una única voluntad por encima de las voluntades de las propias partes que intervienen en el negocio.

b) Por supuesto, estos casos presentan usualmente la característica de una secuencia de negocios o actos con un propósito negocial único. En este complejo negocial, se prescinde de las operaciones intermedias para analizar el resultado obtenido considerando aquellas como operaciones simuladas para ocultar ese resultado realmente perseguido. Esta importancia del complejo negocial ha sido decisiva especialmente respecto de operaciones societarias que aisladamente consideradas difícilmente serían susceptibles de simulación por su carácter abstracto y formal. Así, un aumento de capital en el cual se emiten las acciones y se suscriben éstas con desembolso de las aportaciones, difícilmente admitiría una declaración de simulación con independencia del propósito fiscal que explicase la operación. Sin embargo, encuadrada esa operación societaria en una serie de operaciones encaminadas a transmitir un inmueble desde una sociedad a un tercero, cierta jurisprudencia, como analizaremos, no ha dudado en calificar todas las transacciones y operaciones societarias intermedias como simuladas, simulación relativa que ocultaría el único negocio de compraventa realmente querido.

Igualmente, en esos complejos negociales cabe apreciar la existencia de simulación en algún acto o negocio concreto en la cadena de los realizados cuando sea ese acto o negocio el que resulta anómalo en el conjunto y sólo guiado por un móvil fiscal.

c) En estos negocios, las partes no sólo han querido manifestar la voluntad aparentemente querida sino que aparentemente han querido realizar el negocio supuestamente simulado y han buscado el resultado derivado de ese negocio, precisamente porque ese resultado era condición necesaria del fin último perseguido que en este caso sería la

ventaja fiscal buscada. Tomemos el ejemplo, que luego veremos con más detalle, de una persona física que vende a una sociedad que ella controla su participación en una tercera sociedad, estableciendo más que pactando un precio aplazado en la primera venta, para luego hacer que aquella sociedad venda al contado dicha participación a alguien ajeno al grupo familiar y empresarial. Aparentemente, en la primera venta no ha existido ocultación alguna: aquella persona quería vender esa participación y quería hacerlo a plazos, precisamente porque de esta venta y de ese aplazamiento del precio dependía el fin perseguido. Por otra parte, como asimismo analizaremos en algún caso más reciente de nuestra jurisprudencia, cuando una entidad o una persona constituyen una sociedad para llevar a cabo una actividad a través de ella, aunque el Tribunal Supremo haya apreciado en ocasiones la existencia de simulación en la constitución de la entidad, es difícil aceptar que esa apreciación encaje con el concepto tradicional de un acuerdo simulatorio.

d) Obrando sobre esta realidad, desde finales del siglo pasado, la Administración tributaria y los Tribunales de Justicia españoles se centraron frecuentemente en la ausencia de sustancia o efectividad real de esos contratos y en la preeminencia del propósito fiscal de los mismos. De esta manera, han acudido a la noción de negocio sin causa o con una causa ilícita, a tenor de los artículos 1275 y 1276 del Código Civil, para negar eficacia al negocio realizado por razones exclusivamente fiscales.

Utilizaron así una técnica también utilizada por los tribunales civiles y presente en la jurisprudencia sobre los vicios del negocio jurídico. No obstante, como analizaremos con más detalle cuando veamos el camino de nuestra jurisprudencia tributaria hasta hoy, puede también pensarse que esta construcción de nuestra jurisprudencia tributaria adolecía de varios inconvenientes como pudo preverse hace años.

En primer lugar, esta concepción de la simulación aproxima ésta a la propia noción del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, puesto que la ocultación es tenue y, en cambio, resulta determinante la ausencia de motivos económicos válidos para un negocio vacío no tanto de contenido real como de sentido alguno que no sea la elusión fiscal. El artículo 15 de la LGT hace descansar el conflicto en un “*business purpose test*”, de forma que resulta incierto saber cuándo nos hallamos ante un negocio aparente y por ello simulado y cuándo ante un negocio real y eficaz pero realizado sin ningún motivo económico válido y de forma artificiosa o impropia³⁶.

³⁶ Para MARIN BENITEZ (2013), sólo habrá simulación cuando el negocio carezca de la causa típica y abstracta de ese tipo de negocios y ello sea debido a un engaño de los contratantes, que ocultan hechos que desdican la voluntad manifestada. Cuando el propósito de perseguir un ahorro tributario se incorpora

En segundo lugar, la simulación así entendida se tiñe de un grado importante de subjetivismo pues ya no depende de la ocultación de unos hechos sino de la valoración de la importancia de los fines y por ello de los motivos de las partes en el negocio.

Finalmente, este reproche moral afecta a la certeza del tipo sancionador si se continúa sosteniendo que la simulación implica ocultación cuando en realidad no es así necesariamente si la simulación puede descansar en la ausencia de motivos económicos reales en un negocio. Dicho de otro modo, entendida así la simulación, sin matices, se hace difícil saber dónde están los límites entre ésta y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, lo cual equivale a no saber dónde están los límites entre lo lícito y lo ilícito, lo que afecta al principio de legalidad penal como derecho a la certeza en la definición de los tipos infractores.

Por otra parte, la propia noción de causa resulta, como es de sobra sabido y la jurisprudencia reconoce, de difícil concreción. Esa causa típica de cada categoría contractual o negocial resulta difícil de aprehender y de distinguir de los motivos. En términos de lógica jurídica, la noción de causa haría referencia al *para qué* de un contrato, como finalidad común, propia o típica de los contratos de esa naturaleza o de ese tipo. Esa causa se distinguiría así de los motivos concretos de un determinado contrato, motivos situados frente a la cuestión de *por qué* las partes han realizado ese negocio. De esta manera, cuando esa finalidad típica, ante un negocio concreto, no tuviera consistencia real; es decir, cuando a la pregunta de para qué se ha realizado el contrato o negocio resultase que virtualmente no se ha logrado ese fin, aparecería esa ausencia de causa como determinante de la simulación e ineficacia del contrato. Así sucedería, volviendo a un ejemplo anterior, cuando esa venta a plazo no es sino antesala y paso forzado de una venta al contado ya concertada con un tercero, por lo que esa primera operación no respondería a la causa propia de una compraventa a pesar de la apariencia brevemente creada por unas partes que responden además a una voluntad única. Mucho

a la causa y ello determina que el negocio sea contrario al ordenamiento jurídico tributario, nos encontraremos en el ámbito del fraude de ley o del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Asimismo, la autora señala que la recalificación o rectificación de los negocios jurídicos por vía del artículo 13 de la LGT debe quedar limitada a los casos de discordancia entre el *nomen iuris* y la naturaleza jurídica del negocio que resulta de los términos y condiciones de lo acordado. La rectificación de los negocios jurídicos por vía del artículo 16 de la LGT debe exigir un requisito distinto a la mera artificiosidad y ausencia de efectos jurídicos y económicos relevantes, pues si estas circunstancias bastan para calificar como simulado un negocio jurídico, existe una incongruencia entre los artículos 15 y 16 de la LGT. Por lo tanto, el artículo 16 de la LGT debe exigir algo más, a juicio de la autora, que *«[s]ólo puede ser la ocultación de hechos (no de motivos o de intenciones) que vienen a desdecir la veracidad de las declaraciones realizadas por las partes»*.

Ver: Gloria Marín Benítez, *¿Es lícita la planificación fiscal?*; Thomson Reuters, Valladolid, 2013; páginas 220 y 221 y 342.

más difícil es decir que una operación societaria carece de causa porque se ha realizado por motivos fiscales, cuando esa disposición patrimonial podría haberse hecho de otro modo, fiscalmente más gravoso. Tal vez, en ese caso, se estén confundiendo causa y motivos, simulación y norma antielusión fiscal y aparece un concepto fiscal de simulación como reproche moral.

En suma, en la práctica tributaria más reciente, la simulación ha sido declarada frecuentemente sobre la base de la noción civil del negocio sin causa o con causa ilícita, apreciando esa inexistencia e ilicitud de la causa sobre la base de indicios vinculados a los motivos exclusivamente fiscales de la operación y a la ausencia de motivos económicos válidos en ella. Sin duda, esta práctica, respaldada por la jurisprudencia más reciente, ha servido para hacer frente a operaciones virtualmente ficticias y manifiestamente elusivas. Pero ha introducido problemas técnicos significativos en el terreno de la seguridad jurídica y del derecho sancionador como veremos al analizar luego con más detalle la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este terreno. Volveremos pues sobre esta decisiva cuestión más tarde.

2.7 El fraude de ley y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria

2.7.1 El fraude de ley en el artículo 24 de la LGT 1963

El artículo 15 fue una de las grandes novedades de la LGT 2003, al incorporar una verdadera cláusula general antielusión, basada en nociones o principios similares a los existentes en otros ordenamientos. Vista la norma desde la perspectiva que nos da el momento actual, podemos decir que el legislador español se anticipó en 2003 a la evolución que años después tendrían las cláusulas antielusión en el derecho europeo y comparado.

El artículo 15 de la LGT tuvo como antecedente lo dispuesto en el artículo 24 de la LGT anterior respecto de la figura del fraude de ley, artículo 24 cuya redacción última procedía asimismo de la reforma de la Ley General Tributaria por obra de la Ley 25/1995, de 20 de julio. Conforme a este artículo 24 de la anterior LGT³⁷, el fraude de ley surgía en aquellos hechos, actos o negocios

³⁷ Como obras clásicas en su momento sobre la interpretación del fraude de ley en la LGT 1963, ver:

Javier Pérez Arraiz, *El fraude de ley en el Derecho Tributario*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996,

Jose Ignacio Ruiz Toledano, op. cit. en nota 9,

Eusebio González García, *El fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia*; Aranzadi, Elcano, Navarra, 2001,

Maria Luisa Carrasquer Clari, *El problema del fraude a la Ley en el Derecho Tributario*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002,

Violeta Ruiz Almendral, *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen*; Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que el resultado producido fuese equivalente al derivado del hecho imponible. Este artículo 24 enlazaba así con la redacción del artículo 6º.4 del Código Civil en 1974³⁸. En realidad, la recepción del fraude de ley en la Ley General Tributaria de 1963 había servido históricamente de precedente de la recepción de esta misma figura en el Título Preliminar del Código Civil.

No obstante, la noción tributaria del fraude de ley, según este artículo 24 de la LGT, ofrecía algunas diferencias o particularidades notables. La primera consistía en la relación que tradicionalmente la Ley General Tributaria había establecido entre fraude de ley y extensión por analogía³⁹. La segunda, en la referencia explícita que el artículo 6º.4 del Código Civil hacía a la contradicción entre el resultado pretendido y el ordenamiento jurídico como un todo, referencia que en el artículo 24 de la LGT se reemplazaba por la mención de la distinta finalidad de la norma de cobertura y la equivalencia del resultado obtenido y el que hubiera surgido del hecho imponible.

La interpretación del artículo 24 de la anterior LGT estuvo rodeada de controversia y llena de matices. Tal vez por ello, el legislador tributario, en la reforma de 1995 y con ocasión de la Ley General Tributaria de 2003, manifestó su insatisfacción con la aplicación práctica del fraude de ley tributario. Dos aspectos de la regulación del fraude de ley destacaron siempre tanto al interpretar el precepto como al juzgar su aplicación práctica.

En primer lugar, resultó especialmente controvertida la exigencia de un expediente especial en la declaración del fraude de ley. El artículo 24.1 de la anterior LGT exigía expresamente este expediente especial para la declaración del fraude de ley. Y ello a pesar de las vacilaciones de la propia Administración que había derogado en 1993, por obra del Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo, el viejo Real Decreto 1919/1979, de 29 de junio, dejando así huérfano de desarrollo reglamentario desde entonces al artículo 24 de la LGT. A pesar de ello, la reforma de 1995 reiteró esta exigencia de un “expediente especial” para

³⁸ El artículo 6.4 del Código Civil se incorpora con el Título preliminar de éste por obra del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

³⁹ No obstante, como nos dice PALAO TABOADA (1998) no existe propiamente esa similitud entre el fraude de ley y la analogía, pues aquel actúa en el terreno de la aplicación de la norma al caso concreto, tarea del intérprete que siempre contiene una cierta carga analógica, si bien esta analogía nada tiene que ver con la extensión del hecho imponible a supuestos no contemplados en la norma pues en el fraude de ley no hay una laguna normativa sino una norma defraudada.

Ver: Carlos Palao Taboada, “¿Existe el fraude a la ley tributaria?”; *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, número 182, 1998. Incluido este mismo artículo también en: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*; Lex Nova, Valladolid, 2009; páginas 89 y siguientes, correspondiendo la cita a la página 100.

declarar el fraude de ley. Esta exigencia y aquella ausencia de desarrollo reglamentario obligaron al TEAC, desde su Resolución de 20 de julio de 2001 (RG 8924/1998), a completar la regulación de ese expediente especial directamente con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), entonces vigente. El Tribunal Supremo admitió luego sin dificultad que la ausencia de una regulación específica de ese procedimiento especial no impedía la aplicación de la figura del fraude de ley y del artículo 24 de la LGT 1963.

Por otra parte, el artículo 24 de la LGT 1963 excluía expresamente la imposición de sanciones cuando se apreciara la existencia de fraude de ley. Así se preveía en el viejo Real Decreto de 1979 y así lo dispuso el legislador de 1995, al señalar el apartado tercero del artículo 24 de la LGT que en las liquidaciones que fuesen resultado de la declaración de fraude de ley, se aplicaría la norma eludida y se liquidarían los intereses de demora, *“sin que a estos solos efectos -- decía la norma -- proceda la imposición de sanciones”*. La justificación de esta previsión legal resultó siempre controvertida. Para algunos autores se trataba de una excepción por obra de la ley sin una razón clara⁴⁰. Además, la alusión a que la exclusión de las sanciones era a dichos solos efectos, suscitó asimismo dudas en cuanto al significado de esa referencia y cuáles pudieran ser otros efectos en la mente del legislador.

En cualquier caso, lo cierto es que el legislador de 1995, a pesar de mantener estas especificidades del fraude de ley, pretendió manifiestamente convertir el fraude de ley en una alternativa operativa con varias finalidades. El legislador trató de que la Administración tributaria dispusiera así de un arma efectiva contra el fraude fiscal. Al mismo tiempo, el legislador trató de que esa arma estuviera rodeada de limitaciones en los efectos de su empleo, en particular con la mencionada exclusión de las sanciones. Asimismo, el legislador de 1995 intentó que la nueva regulación del fraude de ley sirviera para superar tanto la interpretación económica como la autonomía de calificación de la Administración tributaria, pretendidas sobre la base del artículo 25 de la LGT, en su redacción anterior a 1995. Finalmente, el legislador pretendió posiblemente reconducir al fraude de ley, la noción de negocio indirecto creada por el TEAC y la solución de ciertas elusiones fiscales extendidas y entonces vinculadas especialmente a la comercialización de determinados productos financieros.

No muchos años después de aquella reforma, y lo que es más importante sin haber dado tiempo para analizar los resultados de su aplicación, ya el Informe

⁴⁰ Ver: Carlos Palao Taboada, op. cit.: “¿Existe el fraude a la ley tributaria?”; *Revista de Contabilidad y Tributación*; CEF, número 182, 1998. Puede encontrarse también en: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*; Lex Nova, Valladolid, 2009; páginas 89 y siguientes.

elaborado en 2001, por la primera Comisión para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Reforma de la Ley General Tributaria, se centraba en el fraude de ley y en la necesidad de articular esta figura con otra técnica. Aquella Comisión optaría por recomendar la incorporación a la Ley de una cláusula de prohibición general del fraude de ley o de una cláusula antiabuso. Al enfrentarse a la definición del fraude de ley tributario, la Comisión se centraba en dos ideas fundamentales y su informe afirmaba lo siguiente⁴¹:

De un lado y en cuanto a las normas civiles, lo que caracteriza al fraude de Ley es la utilización de un negocio para una finalidad distinta de la típica o propia del mismo (negocio indirecto), o bien, de la concatenación de diversos negocios de una forma inusual. Además, no debe existir ningún motivo económico válido para el recurso a dicho negocio o concatenación de negocios, distinto del mero ahorro fiscal.

Como puede apreciarse, la Comisión, por una parte, combinaba varias ideas propias de las cláusulas generales antielusión más bien que estrictamente referidas al fraude de ley y, por otra, determinaba sin duda lo que iba a ser el contenido del artículo 15 de la LGT de 2003, sin que en este punto los criterios de aquella primera Comisión fueran luego desvirtuados. En todo caso, aquella Comisión mostró siempre su preocupación por conciliar esta cláusula antielusión con la seguridad jurídica, recomendó por ello que se mantuviera el expediente especial y, no obstante los debates y matices en el seno de la Comisión, optó por la ausencia de sanciones mediando la declaración de fraude de ley. Además, curiosamente, la Comisión recomendó que esta cláusula no se aplicara respecto de las obligaciones de efectuar pagos a cuenta y expresamente manifestó su convicción de que el fraude de ley o la cláusula antielusión que se incorporase a la Ley no podría ser idónea para reaccionar “ante fenómenos masivos de economías de opción”, para los que se recomendaba la oportuna reforma legislativa, incluso con efectos retroactivos dentro de los límites constitucionales.

En suma, la aplicación de la figura del fraude de ley tributaria tropezó siempre con tres inconvenientes, a los que debemos aludir antes de afrontar el examen de la norma general antielusión recogida hoy en el artículo 15 de la LGT.

El primero de estos inconvenientes procede de la propia dificultad que rodea la tarea de definir el fraude de ley en la teoría general del negocio jurídico. Siguiendo a De Castro⁴², la doctrina española ha considerado que el negocio en

⁴¹ Ver *Informe para la reforma de la Ley General Tributaria*; elaborado por la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria, 2001. El informe fue publicado por el Instituto de Estudios Fiscales. Dedicó al fraude de ley el punto 5.e) de la Parte II, relativa a los principios y normas tributarias.

⁴² Ver Federico de Castro Bravo, op. cit.

fraude de ley sería una modalidad de la categoría más amplia del fraude de ley, apareciendo aquel negocio anómalo cuando se celebra un negocio con el propósito de evitar la aplicación al mismo de una norma imperativa o cuando se celebra un negocio para evitar la regulación de un negocio distinto que es precisamente aquel cuyo resultado se obtiene con el negocio realizado. Por supuesto, en esta concepción del negocio fraudulento, son evidentes las similitudes y conexiones con el puro negocio simulado y con las técnicas de interpretación finalista que van a determinar tanto el ámbito de aplicación de la norma de cobertura como el de la norma eludida. Por su parte, ALBALADEJO GARCIA (2005) considera que el negocio fraudulento es distinto del negocio simulado pues aquel es un negocio verdadero y querido aunque persiga un fraude⁴³.

En realidad, el fraude de ley tributaria sería otra modalidad del fraude de ley más que un tratamiento del negocio fraudulento. Ahora bien, tanto el artículo 6.4 del Código Civil como el 24 de la LGT 1963 recogen una concepción estricta o moderna del fraude ley, basada en un aparente conflicto entre normas que ha de resolverse a favor de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico coherente con los principios y valores que le informan. Es verdad que frente a una noción especialmente formalista que exigiría la individualización de las normas de cobertura y defraudada, cabe y ha prevalecido una visión más flexible en la que la norma de cobertura se enfrenta al conjunto del ordenamiento jurídico y los principios sobre los que se sustenta. En esta misma línea, la más moderna doctrina define el fraude de ley como un “ilícito atípico” en el cual el conflicto no surge en realidad entre dos normas sino entre una norma que habilita y un principio del ordenamiento que reclama la restauración de la coherencia de éste rota por el acto fraudulento⁴⁴.

No obstante, la jurisprudencia civil maneja frecuentemente una tradicional y amplia noción de fraude de ley, conforme a la cual éste aparece simplemente ante cualquier acto o negocio realizado con el propósito de eludir la aplicación de una norma imperativa. Ese acto fraudulento se caracteriza por su artificiosidad o por la de la interpretación de la norma eludida en la cual se base, interpretación en todo caso contraria al espíritu de aquella y por ello a su aplicación e interpretación correctas⁴⁵.

⁴³ Manuel Albaladejo García, op. cit.; páginas 23 y 24.

⁴⁴ Ver: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*; Editorial Trotta, Madrid, 2000; páginas 67 a 90.

⁴⁵ Como dice PALAO TABOADA, el fraude a la ley tributaria se caracteriza porque, desde el punto de vista de la aplicación de la ley fiscal, el negocio u operación realizado es artificioso, es decir, no se corresponde con la realidad económica y ha sido utilizado con la única finalidad de eludir la norma tributaria.

Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 2003 (sentencia 911/2003) nos ofrece la siguiente definición de fraude de ley (FD 2º):

Como señaló la sentencia de esta Sala de 17 de abril de 1997, el fraude de ley supone un acto humano por el que se trata de obtener la tutela de una norma jurídica, que está dada para un concreto fin y que el causante del fraude pone en juego los medios suficientes para otra distinta y contrapuesta finalidad, o como recogieron las precedentes de 6 de febrero de 1957 y 1 de abril de 1965, exige una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético del precepto legal en que se amparan.

Como vemos, el fraude de ley, así entendido, descansa en la interpretación de la norma eludida, frente a la que se contrapone una interesada y artificiosa interpretación de la misma por parte de quien intenta burlar aquella con actos o negocios fraudulentos.

En cambio, en la Sentencia de 12 de diciembre de 2011 (sentencia 917/2011) la misma Sala Primera nos dice que <<[e]l fraude de ley requiere como elemento esencial un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley... Se caracteriza...por la presencia de dos normas: la conocida, denominada "de cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada "eludible o soslayable", amén que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente.... Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley..., pero es preciso que la ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente...>>

Igualmente, en la Sentencia de 23 de enero de 1999 (sentencia 42/1999), la misma Sala recogía esta concepción moderna o estricta del fraude de ley cuando señalaba como requisitos del mismo:

[Q]ue el acto o actos sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva, y que la norma en que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerle, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas,

Ver: “¿Existe el fraude a la ley tributaria?”; en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*; Lex Nova, Valladolid, 2009; página 92.

bien por tender a perjudicar a otros, debiendo señalarse, asimismo, que la susodicha figura no requiere la prueba de la intencionalidad, siendo, pues, una manifestación objetiva a apreciar por la circunstancia de concurrir los requisitos que la configuran. De lo expuesto, es de decir, como resumen, que el fraude legal se caracteriza por la presencia de dos normas: la conocida y denominada de cobertura, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta y en forma fraudulenta se pretende eludir, designada como norma eludible o soslayable.

Esta dificultad conceptual, unida a la sustitución del fraude de ley por el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, provocará un efecto aleccionador. En realidad, los tribunales españoles se van a enfrentar a casos de fraude a la ley tributaria sobre todo una vez promulgada la LGT 2003, en la medida en la cual los tribunales analizan operaciones anteriores al 1 de julio de 2004. Esta circunstancia va a arrastrar la interpretación del fraude de ley lejos de las aguas tradicionales basadas en la dicotomía entre norma defraudada y norma de cobertura y va a aproximar esa interpretación hacia la propia de una norma antielusión basada en la sustancia y justificación económica de las operaciones. Como veremos con detalle cuando analicemos la evolución de la jurisprudencia española, ésta terminará por aplicar el fraude de ley, ex artículo 24 de la LGT 1963, y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria como si fuesen dos normas iguales. Y no pensemos que ello conducirá a continuar por la senda del fraude de ley puesto que ha conducido a entender el fraude de ley como si hubiera contenido desde siempre los elementos propios del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, basado en la artificiosidad de las operaciones y su propósito fiscal.

La segunda de las dificultades anunciadas resulta de las propias especialidades con las que el legislador ha rodeado siempre al fraude de ley. Con el propósito de incrementar la seguridad jurídica del contribuyente, el legislador ha exigido un expediente o procedimiento especial para la declaración de fraude de ley. Este requisito, que como vamos a ver el legislador ha trasladado al artículo 15 de la LGT 2003, merece a nuestro juicio un doble reproche. El primero, por razones de principio, alude al hecho de que, siendo el fraude de ley un remedio no más complejo y sí menos contundente que otros previstos en el ordenamiento, no se comprende bien por qué el legislador exige este procedimiento especial en un caso como el de la declaración de fraude de ley y no lo exige en otros con más trascendencia como la apreciación de la simulación, la aplicación de la estimación indirecta o ciertas declaraciones de responsabilidad tributaria.

El segundo reproche se debe a razones prácticas. El legislador siempre ha manifestado su desencanto por las dificultades advertidas en la aplicación del fraude de ley y al mismo tiempo ha incrementado esas dificultades estableciendo especificidades en el procedimiento que, a nuestro juicio, sin

duda, han contribuido en mayor o menor medida a reducir la efectividad de esta institución en la práctica administrativa. Este expediente especial, con independencia de su justificación teórica, significó siempre un obstáculo para la debida aplicación del fraude de ley. La Administración tributaria, en definitiva la Inspección de los Tributos, rehuía el fraude de ley, por la necesidad, entre otros motivos, de acudir a este expediente especial, con la consiguiente diferenciación del procedimiento.

Curiosamente, esta especificidad del procedimiento de declaración del fraude de ley ha tenido un efecto secundario. Frente a lo que sucede en los tribunales civiles o laborales, donde el fraude de ley tiene esa señalada ambigüedad, los Tribunales y la Administración tributaria rehuyen imputar a un acto o negocio el estar realizado en fraude de ley, por las consecuencias que esa afirmación tendría en cuanto a la posible nulidad de las actuaciones, al no haberse seguido el expediente especial, más allá de cuál fuese el concepto de fraude de ley que se adoptase.

Por último, como tercer inconveniente, el fraude de ley tributaria ha debido enfrentarse a la propia ambivalencia que esta figura ha tenido en la práctica tributaria. Por una parte, el fraude de ley se ha entendido como un arma frente al fraude fiscal. Por otra, se le ha considerado muchas veces como una especie de refugio pues ante supuestas economías de opción o ciertas planificaciones fiscales, el fraude de ley aparecería como un límite de la posible responsabilidad, dada la ausencia de sanciones que le acompaña.

2.7.2 Los antecedentes del artículo 15 de la LGT en el Derecho comparado

El artículo 15 de la LGT reconfigura el viejo fraude de ley tributaria y de acuerdo con las recomendaciones del Informe de 2001 ya citado, traslada el centro de gravedad de la cláusula antielusión desde un aparente conflicto entre normas hasta la índole misma del acto o negocio elusivo⁴⁶.

La institución del conflicto en la aplicación de la norma tributaria se conectaba con una tradición jurídica que hace depender la eficacia fiscal de un negocio de la sustancia o de los motivos del mismo y, en particular, de la presencia de

⁴⁶ Un primer antecedente sería el parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana que recoge una norma general antielusión cuya redacción inicial procede de 1977, sin perjuicio de antecedentes más remotos, basada entonces en el llamado abuso de las posibilidades de configuración jurídica y cuya redacción actual procede de 2008. Con arreglo a la redacción actual del precepto, la ley tributaria no podrá ser eludida mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica que ofrece el derecho. En caso de abuso -continúa el precepto- nacerá el crédito tributario tal como hubiera nacido con arreglo a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos. La norma da una definición de abuso que descansa en la existencia de una finalidad fiscal ajena a la finalidad de la norma eludida.

Ver: Klaus-Dieter Drüen, *GARRS- A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*; IBFD, Amsterdam, 2016; capítulo dedicado a Alemania; páginas 287 y siguientes.

motivos económicos válidos distintos del fin fiscal pretendido. Esta doctrina surgió en la jurisprudencia norteamericana a lo largo del siglo XX de donde luego ha saltado con matices a la jurisprudencia del TJUE.

La doctrina norteamericana ha señalado que en realidad esa doctrina jurisprudencial no es única sino que tiene diferentes manifestaciones en los propios tribunales de los Estados Unidos. Así, BLANK Y STAUDT (2012)⁴⁷ hablan de una diversidad de “*antiabuse standards*” que enumeran del siguiente modo:

- a) “*Sham transaction doctrine*”: la expresión “*sham*” se aproxima tal vez a nuestra noción de simulación, de forma que para Blank y Staudt esta doctrina permitiría a un tribunal desconocer los efectos fiscales de un negocio carente de cualquier otra justificación o propósito económico⁴⁸.
- b) “*Economic substance doctrine*”: bajo esta doctrina un tribunal aceptaría los efectos fiscales de un negocio si éste tiene justificación económica adicional y modifica sustancialmente la posición económica del contribuyente además de reducir sus obligaciones fiscales.
- c) “*Substance over form doctrine*”: un tribunal que acuda a esta doctrina atenderá a los efectos económicos reales o verdadera sustancia de un negocio con independencia de la forma utilizada.
- d) “*Step transaction doctrine*”: un tribunal no tendrá en cuenta aisladamente los distintos negocios realizados por un contribuyente sino el complejo negocial *realizado*.

A las mismas doctrinas se refiere JELLUM (2014)⁴⁹ si bien las ordena de una forma diferente. Las doctrinas judiciales antiabuso, parten de una interpretación finalista de la norma fiscal, frente a la interpretación literal de la misma, unida a la aplicación de dos conceptos básicos: “*business purpose doctrine*” y “*substance over form doctrine*”, sirviendo esta última de principio central del

⁴⁷ J.D. Blank y N Staudt, op. cit.; páginas 1641 y ss.

⁴⁸ En relación con el concepto de “*sham transaction*”, MARIN BENITEZ se refiere a la tesis de KEINAN, sobre la distinción entre *factual tax sham* y *economic tax sham*, siendo el primero equivalente a la simulación y el segundo, aludiendo a operaciones sin sustancia económica.

Ver: Gloria Marín Benítez, op. cit ; página 304. Se refiere a Yoram Keinan, “The COLI Cases through the Looking Glass of the Sham Transaction Doctrine”; *TN*, 2006, volumen 111, nº 3; páginas 327 a 341.

Ver también: Gloria Marín Benítez, *La relevancia jurídica de la motivación fiscal*; Dykinson, Madrid, 2009. Esta obra contiene un análisis de la doctrina anglosajona de especial interés desde una perspectiva española.

⁴⁹ Linda D. Jellum, op. cit.; páginas 101 y ss.

que surgen las nociones de “*step transaction doctrine*”, “*sham entity*” y “*economic substance doctrine*”.

Para JELLUM, <<[T]ogether, the business purpose doctrine and economic substance principle form the economic substance doctrine>>. La sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 1935, en el caso Gregory v. Helvering⁵⁰, es considerada la primera manifestación de estas doctrinas judiciales. En ocasiones, los tribunales pueden acudir al concepto de “*sham*” para explicar las consecuencias de un negocio carente de justificación económica y dirigido sólo a obtener una ventaja fiscal. No obstante, también cabe que apliquen la noción de “*economic substance principle*” para negar los efectos fiscales de un negocio sin otras consecuencias económicas reales. En cualquier caso, en Frank Lyon Co. v. United States⁵¹, el Tribunal Supremo combinó este principio con la doctrina de los motivos económicos válidos para afrontar una situación en la cual la transacción tenía motivos económicos válidos aunque se había configurado básicamente por razones fiscales. De esta forma, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos creó, aunque de una manera realmente imprecisa, una doctrina sobre la sustancia económica de las operaciones basada en dos elementos. Por un lado, “*business purpose doctrine or prong*”, un tribunal atenderá a los motivos económicos de un negocio negando efectos al negocio que solo tenga motivos fiscales. Por otro, “*economic substance principle*”, un tribunal juzgara si el negocio hubiera sido realizado en ausencia de esas ventajas fiscales, es decir, si el negocio implicaba un riesgo económico adicional o efectos económicos distintos de los meramente derivados de la ventaja fiscal. En realidad, esta doctrina se aplicó sin una gran uniformidad, exigiéndose en ocasiones la concurrencia de los dos elementos anteriores y otras veces solo uno de ellos. Esta doctrina es la que supuestamente resulta codificada en 2010 optando además el legislador de los Estados Unidos por la exigencia de ambos elementos conjuntamente⁵².

⁵⁰ En Gregory v. Helvering, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en realidad combinó esta doctrina con la interpretación finalista de la norma sobre reorganizaciones empresariales. Así, rezaba el último y decisivo párrafo de esta sentencia histórica: <<*In these circumstances, the facts speak for themselves, and are susceptible of but one interpretation. The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction, upon its face, lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose*>>.

⁵¹ US Supreme Court 561 (1978)

⁵² En una obra clásica el respecto, ATIYAH y SUMMERS (1987) al tratar sobre el principio de sustancia sobre forma recalcan, por un lado, que estamos ante un principio general del sistema legal y, por otro, que este principio conduce en Estados Unidos a una técnica legislativa que asume una elaboración de la norma en cuya interpretación siempre va a ser relevante el papel del juez. A diferencia del juez británico, el juez norteamericano tiende a concebir la norma como una guía en cuya interpretación es fundamental tener en cuenta la sustancia de esa norma, entendida como los valores y principios a los que la norma

Esta doctrina ha tenido distinto reflejo en los tribunales del Reino Unido⁵³. En el Reino Unido existe por un lado una noción estrecha de “sham”, basada en un conocido caso⁵⁴ y que limita la simulación a cuando existe una divergencia entre la voluntad expresada entre las partes y la que éstas trasladaron a un tercero y en concreto a la Administración tributaria. En todo caso, la doctrina antiabuso ha descansado en el llamado “*Ramsay principle*”⁵⁵, comúnmente aceptado como la exigencia legal de determinar la interpretación correcta y finalista de las normas legales correspondientes, atendiendo a la verdadera naturaleza y sustancia económica de una transacción⁵⁶. Este principio pertenece tanto al campo de la interpretación como al de las normas antiabuso, con las consiguientes dificultades propias de la tarea de determinar judicialmente el propósito y finalidad de una norma.

Después de la promulgación de la Ley General Tributaria española en 2003, esa misma doctrina va a asistir a su codificación tanto en los Estados Unidos como luego en Gran Bretaña. Y las normas codificadas en ambos países nos recuerdan obviamente lo dispuesto en el artículo 15 de la LGT, en la medida en la cual éste acudió a la misma tradición como fuente de inspiración. Por la misma razón, esas normas codificadas van a resultar similares a las recogidas más recientemente en el Derecho de la Unión Europea o en los trabajos de la

responde. El juez al aplicar la norma en un caso individual ha de buscar sobre todo una solución justa de ese caso más allá de la letra de la ley.

De esta manera, la construcción judicial del derecho respondería, a juicio de estos autores, a una visión de la ley atenta a la sustancia que sirve de fundamento a la misma. Este papel del juez se acrecienta precisamente a la hora de superar las limitaciones técnicas o políticas del propio legislador, sin perjuicio de que ello suponga una tarea del juez no exenta de peligros desde el punto de vista de su papel en una sociedad democrática.

Ver: Atiyah, P.S. y Summers, R.S., *Form and Substance in Anglo-American Law*; Oxford University Press, Oxford, 1987 (edición de 2002); páginas 88 y 89 y 411 y siguientes.

⁵³ En el caso de Canadá, la doctrina judicial del Tribunal Supremo surge ya fundamentalmente en torno a la norma general antielusión incorporada al derecho canadiense desde 1988 (Section 245 of the Income Tax Act).

Ver: Glen Loutzenhiser, “Sham in the Canadian courts”, en E Simpson y M. Stewart Editores, *Shams Transactions*; Oxford University Press, 2013; páginas 243 y ss.

⁵⁴ Snook v. London and West Riding Investment Ltd. (1967).

⁵⁵ Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissionaires (1982).

⁵⁶ Así formulado el principio reza del siguiente modo: “*whether the relevant statutory provisions, construed purposively, were intended to apply to the transaction, viewed realistically*”. Esta formulación procede de Collector of Stamp Revenue v Arrowtown Assetd Limited y se reitera en dos casos recientes y especialmente importantes como son BMBF v Mawson (2004) y HMRC v Tower MCashback (2011).

Ver: Edwin Simpson, “Sham and purposive statutory construction”, en E Simpson y M. Stewart Editores, *Shams Transactions*, Oxford University Press; 2013, páginas 86 y ss.

Ver asimismo: Rebecca Murray, *Tax avoidance*; Sweet and Maxwell, 2012; páginas 157 y ss.

OCDE en el proyecto BEPS que se plasman en la norma antielusión de la Acción 6⁵⁷.

En los Estados Unidos en 2010 se introduce⁵⁸ como subsección 7701 (o) del *Internal Revenue Code*, la siguiente norma antielusión:

In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if —

(A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position, and

(B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.

La norma invoca expresamente la doctrina sobre la sustancia económica. En realidad, el legislador aporta únicamente su decisión de exigir que la transacción tenga tanto sustancia como justificación económica. La transacción debe modificar sustancialmente la posición económica del contribuyente y, adicionalmente, el contribuyente debe tener un motivo relevante para llevar a cabo la transacción, además de la obtención de la ventaja fiscal en juego. Como dicen CALDERON CARRERO Y RUIZ ALMENDRAL (2010)⁵⁹, la norma endurece el requisito de la sustancia económica, yendo más allá del análisis del beneficio esperado de la operación y exigiendo un cambio en la posición económica del contribuyente.

En el caso de Gran Bretaña, se introduce una norma antielusión a través de la *Finance Act 2013* con la denominación de “*general anti-abuse rule*”. Es una norma de estructura más compleja pero a los efectos que ahora importan podemos destacar dos aspectos. El legislador encabeza la norma señalando que su propósito es “[c]ounteracting tax advantages arising from tax arrangements that are abusive”. A continuación, nos da la siguiente definición de *abusive arrangement*:

(2) Tax arrangements are “abusive” if they are arrangements the entering into or carrying out of which cannot reasonably be regarded as a

⁵⁷ Ver: Carlos Palao Taboada,, “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule”; *Bulletin for international taxation*, octubre 2015; páginas 602 y siguientes.

⁵⁸ A través de la *Health care and Education Reconciliation Act*.

⁵⁹ Jose Manuel Calderón Carrero y Violeta Ruiz Almendral, “La codificación de la “doctrina de la sustancia económica” en EEUU, como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el sustancialismo”; *Quincena Fiscal Aranzadi*, número 15/2010.

reasonable course of action in relation to the relevant tax provisions, having regard to all the circumstances including—

(a) whether the substantive results of the arrangements are consistent with any principles on which those provisions are based (whether express or implied) and the policy objectives of those provisions,

(b) whether the means of achieving those results involves one or more contrived or abnormal steps, and

(c) whether the arrangements are intended to exploit any shortcomings in those provisions.

(3) Where the tax arrangements form part of any other arrangements regard must also be had to those other arrangements.

Al mismo tiempo, el Derecho de la Unión Europea ha reflejado esta misma técnica⁶⁰ en dos normas antielusión que analizaremos posteriormente en detalle. Por un lado, la Directiva UE 2015/121 del Consejo, de 17 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, da nueva redacción a los apartados 2 y 3, del artículo 1º, de la Directiva 2011/96, para incorporar una norma antielusión de este tipo. Por otro,

⁶⁰ Esta misma forma de entender las normas generales antielusión puede encontrarse también en la aplicación reciente de una norma inserta en una tradición distinta como es la contenida en el artículo 64 del *Livre de procédures fiscales* en Francia. En una reciente decisión de 15 de febrero de 2016 (nº 374071), el Consejo de Estado francés señalaba respecto de esta norma lo siguiente: <<[q]u'il résulte de ces dernières dispositions que, lorsque l'administration use de la faculté qu'elles lui confèrent dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'elle établit que ces actes ont un caractère fictif ou que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles>>.

De esta forma se seguía en cierto modo el criterio del mismo Consejo de Estado en su decisión de 27 de septiembre de 2006 (nº 260050; arrêt Sté. Janfin), en el cual ya se decía que la norma sobre el abuso de derecho (*abus de droit*) no sólo permitía a la Administración rechazar negocio ficticios sino que <<[p]eut également se fonder sur le principe susrappelé pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles>>. En esta línea se produjo también la propia reforma del precepto en el año 2008.

Ver: Olivier Fouquet, "L'abus de droit et la sécurité juridique"; *Revue française de finances publiques*, núm. 130, abril 2015; páginas 101 y siguientes.

Ver también: Thomas Dubut, en *GAARs-A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*, op. cit.; páginas 275 y siguientes.

el artículo 6º de la Directiva 2016/1164, de 12 de julio de 2016⁶¹, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Ese precepto recoge una norma general antielusión o norma antiabuso llamada a incorporarse a la legislación armonizada del impuesto sobre sociedades y que podemos entender ya presente en el artículo 15 de la LGT.

2.7.3 El contenido del conflicto en la aplicación de la norma tributaria

El tal vez mal llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria⁶² va a surgir cuando se den dos circunstancias en los actos o negocios, como son que individualmente considerados o en su conjunto, es decir, atendiendo al complejo negocial existente, sean notoriamente artificiosos o impropios así como que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios. Así se deriva de los requisitos previstos en el apartado primero del artículo 15 de la LGT. Además, este apartado exige que se haya evitado total o parcialmente el hecho imponible o se haya minorado la base imponible o la deuda tributaria mediante los actos o negocios correspondientes. La aplicación de esta cláusula antielusión exige, pues, que haya existido una elusión fiscal efectiva.

De acuerdo con el apartado tercero de este mismo artículo 15 de la LGT, declarado el conflicto, en las liquidaciones que se realicen en consecuencia se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora. En este sentido, el artículo 15 de la LGT permite utilizar esta técnica frente a cualquier elusión fiscal, referida a cualquier elemento determinante de la liquidación del tributo. Esta generalidad es coherente con la naturaleza actual del sistema fiscal y no hace sino poner de relieve los inconvenientes que pueden derivarse de la distinta redacción dada en este punto a los artículos 13, 15 y 16 de la LGT, especialmente por la estricta remisión de este último al hecho imponible como posible afectado por la simulación.

⁶¹ Publicada en DOUEL núm. 193 de 19 de Julio de 2016

⁶² Como es sabido y explica GARCIA NOVOA (2004), el anteproyecto de la LGT 2003 se refería al “abuso en la aplicación de la norma tributaria”, expresión en la que el término “abuso” fue sustituido por “conflicto”.

Ver: Cesar García Novoa, *La cláusula antielusiva*; Marcial Pons, Madrid, 2004; páginas 277 y siguientes.

Vista hoy la cuestión en perspectiva, el término “abuso” resultaría tal vez más correcto y acorde con las soluciones internacionales.

No obstante, el apartado tercero del artículo 15 de la LGT conserva elementos del viejo fraude de ley al dar a entender que su aplicación comporta un cambio en la norma aplicable. En realidad, ante un conflicto en la aplicación de la norma tributaria, el tributo se exigirá prescindiendo de las ventajas fiscales obtenidas mediante los negocios artificiosos realizados o mediante los eslabones artificiosos del complejo comercial cuestionado. En consecuencia, la aplicación del artículo 15 de la LGT conduce a exigir las obligaciones tributarias que hubieran correspondido con los negocios usuales o propios. Esta labor de restablecimiento de la situación que hubiera existido de no haber mediado el conflicto puede ofrecer ciertas dificultades cuando no sea sencillo determinar cuál hubiera sido el camino alternativo. Si el negocio artificial se realizó para evitar un tributo, resulta más sencillo calcular el tributo procedente eliminando los efectos de ese negocio. Pero puede no ser tan evidente cuál hubiera sido el régimen fiscal aplicable de no haber mediado un negocio cuando éste trató de evitar un tributo futuro o hipotético o pudieran haber existido otras alternativas⁶³.

GARCIA NOVOA (2004)⁶⁴ planteó que la redacción del artículo 15 de la LGT y la exigencia de que los actos o negocios evitasen la realización del hecho imponible podría excluir la aplicación de la norma cuando se eludieran pagos a cuenta. Debiendo ser esta figura de aplicación excepcional, podría defenderse que el conflicto sólo es aplicable cuando se evita el hecho imponible y con él la obligación tributaria principal. No obstante, como el propio GARCIA NOVOA admite, una interpretación finalista del precepto podría permitir su aplicación en esos otros casos. En realidad, la redacción del artículo 15 de la LGT arrastra esa referencia al hecho imponible que más bien procede de una concepción del

⁶³ Un ejemplo de estas dificultades lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2016 (recurso núm. 345/2014; ponente Ilma. Sra. Doña Ana Isabel Martín Valero).

La Administración consideró realizada en fraude de ley una aportación no dineraria que tenía por objeto las acciones de una sociedad de un grupo familiar, puesto que entendió que el propósito de esa aportación era poder disolver la entidad aportada, como sociedad patrimonial, acogiendo al régimen de la disposición transitoria segunda de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, permitiendo al mismo tiempo a los socios aplicar los coeficientes de abatimiento que ese régimen transitorio impedía. En consecuencia, la Administración exigió a los socios el IRPF correspondiente a la ganancia patrimonial que hubieran obtenido de haber recibido la cuota de liquidación de la sociedad patrimonial sin haberla aportado antes a otra entidad del grupo y sin aplicación de los coeficientes de abatimiento.

La Sala en esta sentencia confirma la existencia de fraude de ley. Sin embargo, entiende que si la Administración había considerado que la aportación tenía por finalidad eludir parte de la tributación correspondiente a la venta posterior de los bienes, al aplicar los coeficientes de abatimiento y revalorizar las acciones aportadas, no debía gravar anticipadamente la totalidad de la ganancia que supuestamente se hubiera obtenido, como si los bienes pertenecientes a la entidad patrimonial se hubieran vendido ya en el momento de la regularización. Para la Sala no era posible exigir las consecuencias fiscales derivadas de la aportación, gravando la ganancia patrimonial de esta operación, si ésta era la operación fraudulenta y la tributación eludida era la que resultaría de la venta posterior de los bienes de la entidad aportada una vez disuelta y sin aplicación de los coeficientes de abatimiento, dándose la circunstancia de que no todos esos bienes se habían transmitido ya a terceros.

⁶⁴ Ver Cesar García Novoa, op. cit.; páginas 342 y siguientes.

sistema fiscal que simplemente no se corresponde hoy con la realidad. El sistema fiscal descansa hoy en tributos como el IRPF o el IVA de estructura compleja en los que no cabe hablar del hecho imponible como único elemento del que surge la obligación tributaria y que con frecuencia se recaudan a través de pagos a cuenta. De esta manera, una interpretación sistemática del artículo 15 de la LGT situaría el centro de gravedad de la norma en la índole de los negocios y en su efecto de reducir cualquier obligación tributaria u obtener cualquier ventaja fiscal.

Por otra parte, el artículo 15 de la LGT, en su apartado segundo, prevé que para declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159. De esta manera, el legislador de 2003 mantuvo una de las especialidades tradicionales y más controvertidas del viejo fraude de ley. Aunque el artículo 15 de la LGT, a diferencia del 16, no limite su ámbito de aplicación a la liquidación de los tributos, así resulta de la redacción combinada de los artículos 15 y 159 de la LGT. No cabe la aplicación del artículo 15 en las actuaciones de recaudación. Es más, sin una justificación suficiente, el artículo 159 de la LGT limita la aplicación del artículo 15 a los procedimientos de inspección sin que ese precepto pueda ser utilizado o aplicado por los órganos de gestión en sus actuaciones de comprobación. Ciertamente, el artículo 159 se refiere a la Inspección de los Tributos, lo que abriría la posibilidad de que la inspección aplicara este precepto en actuaciones ajenas a un procedimiento de inspección y, en particular, en un procedimiento de comprobación limitada. No obstante, una interpretación completa y sistemática del artículo 159, en relación con el 15 de la LGT, nos lleva a pensar que el artículo 15 exige siempre el informe de la Comisión consultiva prevista en el artículo 159 y que este informe se concibe siempre como un trámite en un procedimiento de inspección.

El artículo 159 de la LGT regula no sólo la composición de esta Comisión consultiva sino la tramitación del procedimiento ante ella. El precepto ha sido objeto de desarrollo reglamentario a través del artículo 194 del Reglamento General de gestión e inspección o de aplicación de los tributos (aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio; en adelante RGAT). En realidad, el artículo 159 de la LGT no regula un procedimiento especial para declarar este conflicto sino un trámite específico en el procedimiento de inspección, pues como ya hemos advertido, el precepto sólo concibe la aplicación de esta figura por la Inspección de los Tributos. Este trámite supone la emisión de un informe preceptivo y vinculante a cargo de esta Comisión consultiva. La remisión del expediente a ésta debe ir precedida de una audiencia específica del interesado en el procedimiento de inspección por un plazo de quince días. La Comisión tiene un plazo de tres meses, prorrogable por uno más, para emitir su informe. Esa prórroga sólo puede acordarse por la propia Comisión consultiva de forma motivada.

Durante este plazo, se suspende el procedimiento de inspección de acuerdo con el artículo 150.3.d) de la LGT, al que se remite el artículo 159.3 de la LGT, tras su modificación en 2015, por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre. En concreto, el cómputo del plazo del procedimiento inspector se suspende desde la notificación al interesado de la remisión del expediente de conflicto en la aplicación de la norma tributaria a la Comisión consultiva hasta que tiene entrada en el registro de la correspondiente Administración tributaria dicho informe, sin que este periodo de suspensión pueda exceder del plazo máximo para la emisión del informe⁶⁵.

De acuerdo con el artículo 194 del RGAT, el informe de la Comisión consultiva se solicita por el órgano que esté tramitando el procedimiento de inspección previa emisión por éste de un informe sobre la concurrencia o no de las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT. Este informe se remitirá junto con el expediente al órgano competente para liquidar. Si éste estimase que concurren dichas circunstancias remitirá a la Comisión consultiva el informe y los antecedentes, notificándolo al interesado. Si por el contrario, el órgano competente para liquidar estimase motivadamente que no concurren dichas circunstancias devolverá la documentación al órgano de inspección que esté tramitando el procedimiento, lo que también se notificará al obligado tributario.

Si se solicita de ella este informe, la Comisión consultiva lo emitirá de forma motivada, indicando si procede o no la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Dicho informe se comunicará al órgano competente para liquidar que hubiese remitido el expediente, que ordenará su notificación al obligado tributario y la continuación del procedimiento de inspección.

El artículo 194 del RGAT prevé asimismo que en caso de acordarse la ampliación del plazo para emitir el mencionado informe, el acuerdo deberá notificarse al obligado tributario y se dará traslado, asimismo, al órgano de inspección.

El artículo 159.5 de la LGT prevé que cuando haya transcurrido el plazo sin que la Comisión consultiva haya emitido el informe, se reanudará el cómputo del plazo de duración de las actuaciones inspectoras, suspendido entretanto, manteniéndose la obligación de emitir dicho informe, aunque se podrán

⁶⁵ Con anterioridad a la reforma de la LGT en 2015, la solicitud de este informe era una causa de interrupción del plazo del procedimiento de inspección. Esta interrupción se extendía desde la comunicación al interesado de la remisión del expediente hasta la recepción por la Inspección del informe correspondiente. Esta interrupción no podía durar más de los cuatro meses del plazo máximo previsto para emitir el informe, tres iniciales más en su caso uno de prórroga. Transcurrido este plazo, se reanudaba el cómputo del plazo de duración de la actuación inspectora, si bien la Comisión podía aún emitir su informe sin perjuicio de la posible continuación de la actuación e inclusive de la práctica de liquidación provisional respecto de los elementos restantes de la regularización precedente.

continuar las actuaciones y, en su caso, dictar liquidación provisional respecto a los demás elementos de la obligación tributaria no relacionados con las operaciones analizadas por la Comisión consultiva. La Ley no aclara, y puede ser cuestión conflictiva, si el informe de la Comisión consultiva puede llegar después del transcurso del plazo máximo de duración de la actuación inspectora ni qué diferencias pueden existir en este supuesto según haya mediado o no una liquidación provisional con posibles efectos interruptivos de la prescripción. En una interpretación coherente, parece razonable entender que este trámite puede llegar transcurrido el plazo del artículo 150 de la LGT salvo que haya mediado la prescripción. A estos efectos, la prescripción no debería entenderse interrumpida por una hipotética liquidación provisional previa, sin perjuicio de la validez de ésta, si esta liquidación en la misma actuación inspectora se produce antes del transcurso del plazo de duración del procedimiento. En cambio, esa liquidación provisional producida tras el transcurso del plazo puede interrumpir la prescripción si supone una reanudación de las actuaciones inspectoras.

En relación con este informe de la Comisión consultiva, podríamos preguntarnos cuál es el margen de actuación de la propia Comisión a la hora de emitir su informe. Dicho con otras palabras, podemos preguntarnos si la Comisión ha de limitarse a dar su parecer acerca de si los actos o negocios cuestionados por la Inspección de los Tributos han dado lugar o no a un conflicto en la aplicación de la norma tributaria o si podría proponer un planteamiento distinto bien respecto de los actos o negocios en conflicto o de los efectos de este en la regularización de la situación del obligado tributario. Cabría entender que la Comisión consultiva dispone de un cierto margen para ofrecer criterios distintos a los contenidos en el informe de la Inspección pero dentro de un cierto límite que impediría a la Comisión reconsiderar el planteamiento del conflicto en la aplicación de la norma tributaria entendiendo que el artículo 15 de la LGT debería ser de aplicación a actos o negocios ajenos al planteamiento inicial de la Inspección.

Finalmente, la composición de la Comisión consultiva está pensada para actuaciones de la Administración tributaria del Estado. El artículo 159 de la LGT prevé que formen esa Comisión dos representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas y dos representantes de la Administración tributaria actuante.

El artículo 194 del RGAT prevé al efecto que en el ámbito de competencias del Estado, la Comisión consultiva estará compuesta por dos representantes de la Dirección General de Tributos, designados por resolución del Director General de Tributos, uno de los cuales actuará como presidente con voto de calidad, salvo que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria afecte a las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de tributos cedidos, en cuyo caso, los representantes del órgano competente para contestar las

consultas tributarias escritas serán designados por resolución del titular de dicho órgano en la Comunidad Autónoma. Los representantes de la Administración tributaria actuante serán los siguientes:

- a) Cuando la Administración tributaria actuante sea la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dos representantes de ésta designados por el director del departamento competente.
- b) Cuando la Administración tributaria actuante sea una Comunidad Autónoma, dos representantes de la Administración tributaria autonómica.
- c) Cuando la Administración tributaria actuante sea una entidad local, dos representantes de la entidad local.

En los supuestos anteriores, uno de los dos representantes de la Administración tributaria actuante podrá ser el órgano de inspección que estuviese tramitando el procedimiento o el órgano competente para liquidar que hubiese remitido el expediente. En realidad, esta remisión, en coherencia con la redacción previa del precepto, debe entenderse hecha a un representante de esos órganos, abriendo la norma la posibilidad de que formen parte de la Comisión consultiva un funcionario del equipo o unidad a cargo de la tramitación del procedimiento de inspección o de la jefatura o la oficina técnica de la Dependencia correspondiente.

Tanto la LGT como el RGAT dejan en el aire la composición de la Comisión consultiva más allá del ámbito de competencias del Estado. Las Haciendas Locales pueden tener competencia para contestar esas consultas en los términos del artículo 13 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Algo semejante va a suceder en relación con las Comunidades Autónomas, dependiendo la composición de la Comisión del carácter propio o cedido del tributo de que se trate. En cualquier caso, puede resultar complejo el funcionamiento de la Comisión consultiva cuando la emisión de este informe suponga la intervención de la Administración del Estado en actuaciones inspectoras de una Hacienda autonómica o local.

Siendo el informe de la Comisión consultiva un trámite en el procedimiento de inspección, el informe como tal no es susceptible de impugnación autónoma, sin perjuicio de que el obligado tributario cuestione su contenido al recurrir contra la liquidación que se dicte tras ese informe favorable de declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

La regulación de esta figura ha de completarse con lo previsto en la disposición transitoria tercera, apartado tercero, de la LGT. La nueva figura era de aplicación a los actos y negocios realizados a partir del 1º de julio de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley General Tributaria. Por lo tanto, en el caso

de actos o negocios realizados antes, se aplicaría, como prevé esa norma, el artículo 24 de la anterior LGT y la institución del fraude de ley, aunque sea respecto de un tributo devengado o exigible después de esa fecha.

Esta norma supone que la liquidación de un impuesto como el IRPF o el impuesto sobre sociedades, podrá combinar la aplicación de la nueva cláusula y el viejo fraude de ley, según se trate de actos o negocios posteriores o anteriores al 1º de julio de 2004. Pero, especialmente, esta norma supone un reconocimiento por parte del legislador del carácter de la nueva figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria como heredera del fraude de ley, en el esquema de normas generales antielusión de nuestro ordenamiento tributario. De esta manera, tras la Ley General Tributaria la Administración continuó aplicando fundamentalmente el viejo artículo 24 de la LGT 1963 y la figura del fraude de ley. Ello ocurriría incluso en relación con periodos o ejercicios muy posteriores a 2004, en la medida en la cual la Administración entendió que de acuerdo con el régimen transitorio de la LGT 2003 lo determinante era la fecha del acto o negocio realizado en fraude a la ley tributaria aunque sus efectos se proyectaran sobre tributos devengados años después. Y, como era por otra parte previsible y ya hemos comentado, todo ello condujo a una homogeneización de las interpretaciones entendiendo los tribunales españoles ambas figuras como si fueran la misma, inspirada en la sustancia y justificación económica de las operaciones⁶⁶.

No obstante, la gran cuestión que despierta el artículo 15 de la LGT es la relativa a su ámbito propio de aplicación, especialmente en relación con la simulación. Por supuesto, conceptualmente, nos hallamos ante dos figuras distintas, con efectos radicalmente diferentes. Sin embargo, ya en el momento de promulgación de la nueva Ley General Tributaria pudo pensarse que no iba a resultar tan sencillo diferenciar ambas figuras a la vista de la evolución entonces de una jurisprudencia que el legislador tributario no tuvo en cuenta. La evolución posterior de la jurisprudencia tributaria ha confirmado aquella primera impresión, como después analizaremos con más detalle.

⁶⁶ Una duda que se planteó inicialmente y no ha surgido después es la relativa a la posible aplicación directa del fraude de ley, ex artículo 6.4 del Código Civil, que sería así compatible con el artículo 15 de la LGT, ante la ausencia de cualquier referencia a aquél en la nueva Ley, el carácter general de la institución en nuestro ordenamiento y sus evidentes diferencias con el conflicto. Ya el Informe de 2001 sobre la reforma de la LGT avisaba de esta posible duda como efecto de la sustitución del fraude de ley por una cláusula general antielusión como el actual artículo 15. En la práctica posterior sin embargo esta duda no se ha planteado por la sencilla razón de que el artículo 24 de la LGT 1963 y el artículo 15 de la LGT han sido interpretados de forma tan amplia que han podido absorber sin dificultad cualquier concepción del fraude de ley o del abuso de derecho. Cuestión distinta es que hipotéticamente pudiera invocarse el artículo 6.4 del Código Civil como artículo que refleja un principio general del ordenamiento en cualquier ámbito de aplicación de las leyes tributarias.

Ver: Cesar García Novoa, op. cit.; páginas 294 y 295.

2.7.4 El problema de la punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Apreciada la existencia de este conflicto en la aplicación de la norma tributaria, el artículo 15 disponía en su primitiva redacción que se liquidarían intereses de demora, sin que procediera la imposición de sanciones. Como ya hemos apuntado en relación con el fraude de ley, nunca faltaron opiniones favorables a abrir la puerta a la imposición de sanciones en estos casos⁶⁷, dejando que fuesen los principios generales del Derecho tributario sancionador los que determinasen la concurrencia o no de los elementos integrantes de la correspondiente infracción. Estas opiniones no han sido pues favorables a la punibilidad del fraude de ley o de este conflicto sino contrarias a la exclusión a priori de la posibilidad de que la aplicación de estas normas antielusión no pueda, en su caso, ir acompañada de una sanción.

La imposibilidad de que surja una infracción tributaria en casos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria tiene un indudable apoyo constitucional derivando del principio de legalidad penal o sancionadora, si bien es cierto que tradicionalmente este debate se planteó en relación con el fraude de ley entendido como una cierta extensión analógica del presupuesto de hecho de la obligación tributaria. El fraude de ley supone un acto o negocio realizado al amparo real de una norma aunque en contra de una interpretación coherente del ordenamiento con arreglo a los principios que le inspiran. El fraude de ley no puede así confundirse con una defraudación o un puro artificio para eludir la norma aplicable. Al mismo tiempo el fraude de ley excluye la existencia de simulación y exige la presencia de un acto o negocio con una causa real y lícita. Lo mismo cabría predicar del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en el cual el acto o negocio ha de ser lícito y eficaz antes de cualquier contraste con esta norma antielusión, para analizar su impropiedad y sus motivos económicos. Así entendidas estas normas de cierre, cualquier sanción sería contraria no ya a la necesaria culpabilidad sino al principio de legalidad como exigencia de *lex certa* que permita de antemano conocer la antijuridicidad de una conducta. Estas normas antielusión darían lugar a ilícitos atípicos cuya atipicidad consustancial excluye cualquier sanción en nuestro sistema constitucional.

El Tribunal Constitucional lo entendió así, a su manera, en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo. En un recurso de amparo contra una sentencia condenatoria en materia penal, el Tribunal Constitucional comienza recordando la doctrina constitucional ya establecida en la Sentencia 75/1984, de 27 de

⁶⁷ Lo explica con detalle GARCIA NOVOA, refiriéndose a las opiniones de Carlos Palao Taboada y de Jose Manuel Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros. En contra de esta punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria se manifiesta el propio Cesar García Novoa.

Ver: Cesar García Novoa, op. cit. en nota 62; páginas 309 y siguientes.

junio (FFJJ 5 y 6), en el sentido de que el principio de legalidad penal *<<[n]o tolera [...] la aplicación analógica in peius de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se puede anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica [...] pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de Ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal>>* (FJ 4).

Esta doctrina sería perfectamente aplicable en el ámbito tributario y de ahí la relevancia para el Tribunal Constitucional de la diferencia entre fraude de ley y simulación, pues *<<[m]ientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista>>* (STC 120/2005; FJ 4). Además, la propia normativa tributaria ha asumido esta distinción y ha reservado la posibilidad de imposición de sanciones exclusivamente para los casos de simulación.

El Tribunal Constitucional va a completar la doctrina anterior, primero en la Sentencia 48/2006, de 13 de febrero, y luego en la Sentencia 129/2008, de 27 de octubre. En esta última y en otro recurso de amparo contra una sentencia penal el Tribunal se enfrenta a una condena basada en una apreciación de la existencia de simulación en un contrato porque el juez penal consideró que ese contrato carecía de verdadera causa y obedecía solo a un motivo fiscal. Para el Tribunal Constitucional la sentencia no infringe ya el principio de legalidad penal y el artículo 25 de la Constitución en la medida en la cual no invoca la existencia de un fraude de ley sino la presencia de un negocio simulado. Este intercambio de las bases legales invocadas para la defraudación tributaria resulta suficiente aunque el juez penal entienda que el negocio de compraventa realizado tiene componentes de simulación a partir de la falta de lógica económica de la operación más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos. Para la sentencia cuestionada del Tribunal Supremo⁶⁸ *<<[e]l artificio, y con él el engaño, y con él la defraudación, consiste en la utilización de un tipo de negocio jurídico sin su causa propia, y sin causa alguna que no sea la elusión de impuestos>>*. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, *“[e]sta comprensión de que concurre una defraudación penalmente típica por las características del negocio practicado, carente del equilibrio de*

⁶⁸ Sentencia 643/2005, de 19 de mayo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

contraprestaciones propio de la compraventa, por la índole peculiar del adquirente, y por el resultado final de impago de tributos, podrá resultar expansiva a los ojos del recurrente pero, y esto es lo único que ahora importa, no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito>> (STC 128/2008; FJ 4).

Esta doctrina constitucional produjo, en suma, un doble efecto. Por un lado, consolidó la dualidad entre, por un lado, la simulación y, por otro, el fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, con el efecto añadido de que la primera conducía a la imposición de sanciones y las otras instituciones no permitían apreciar la existencia de infracción tributaria. Y todo ello sin que existiera una diferencia clara entre una y otra figura. Por otro lado, dicha doctrina constitucional respaldó el régimen inicialmente previsto en el artículo 15 de la LGT, aunque ciertamente tal doctrina se refería al fraude de ley y no a una institución como el conflicto en la aplicación de la norma tributaria que no descansaba en ninguna extensión analógica del hecho imponible sino en la existencia de una buscada artificiosidad en los negocios. Y así llegamos hasta la reforma de la Ley General Tributaria en 2015.

La que luego sería la reforma derivada de la Ley 34/2015, de 2 de septiembre, va a venir a su vez marcada por la tramitación del anteproyecto de ley y por dos informes decisivos sobre la cuestión de la punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

En realidad, el anteproyecto publicado en 2014 ya introdujo la idea que finalmente se incorporaría a la ley. Sin embargo, en aquel anteproyecto tal idea aparecía como un párrafo segundo del apartado tercero del artículo 15, conforma al cual, sin perjuicio de la regla general de ausencia de sanciones, ésta procederían, conforme a lo dispuesto en el Título IV de la LGT, *“cuando existiese igualdad sustancial entre el supuesto que haya sido objeto de declaración de conflicto en la aplicación de la norma y aquellos otros supuestos cuya resolución hubiese conformado el criterio administrativo preexistente y público en el momento de presentación de la declaración”*. A estos efectos se entendería por criterio administrativo el establecido en los informes de la Comisión consultiva bien en casos concretos o bien a solicitud de la Administración tributaria en virtud de lo previsto en el artículo 159.8 de la LGT que también se reformaba a estos efectos. En consecuencia de lo anterior se terminaba estableciendo la publicación de estos informes con supresión de toda referencia a datos que permitieran la identificación de las personas a las que afectasen.

En el preámbulo que figuraba en el anteproyecto se justificaba la reforma diciendo que el conflicto en la aplicación de la norma, figura heredera del antiguo fraude de ley, era un instrumento para la lucha contra los mecanismos más sofisticados de fraude fiscal. La experiencia en su aplicación aconsejaba,

a juicio del autor del preámbulo, la modificación de su régimen jurídico en el sentido de permitir su sancionabilidad. De esta manera, por un lado, se pretendía *“adecuar dicho régimen a la doctrina jurisprudencial, que no excluye la voluntad defraudatoria en dicha figura, conclusión que es asimismo apoyada por un amplio sector de la doctrina científica y constituye la situación habitual en Derecho comparado”*. Y, “[p]or otro lado, facilitar el exacto cumplimiento del mandato del artículo 31 de la Constitución que consagra el deber general de contribuir, mediante la persecución de aquellos dispositivos complejos orientados a la defraudación tributaria”. Esta justificación se incorporará al preámbulo de la Ley 34/2015, con las modificaciones exigidas por el cambio de estructura de la norma a raíz de los dos informes decisivos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado.

En su informe de 30 de septiembre de 2014, el Consejo General del Poder Judicial entendió que la reforma del artículo 15.3 suponía *“la insólita ampliación de las potestades administrativas de control y represión de las infracciones tributarias y la correlativa minoración de los derechos y garantías del contribuyente”*. El Consejo venía a considerar al conflicto en la aplicación de la norma tributaria heredero también de la doctrina constitucional señalada sobre el fraude de ley, lo cual le conducía a criticar la solución prevista en el anteproyecto para bordear esa doctrina considerando que se pretendía una especie de norma sancionadora en blanco, llamada a ser completada por la decisión de un órgano de la Administración, en base a una suerte de identidad fáctica. A juicio del Consejo, ello suponía una infracción del principio de taxatividad o *lex certa* y del principio de tipicidad. Por otra parte, el Consejo criticaba que la norma previera la imposición en todo caso de la sanción, en el supuesto previsto de identidad fáctica, y que se introdujera la posibilidad de informes de la Comisión consultiva al margen de un procedimiento inspector concreto.

En un dictamen, fechado el 9 de abril de 2015, ya al borde de la aprobación del proyecto de ley, el Consejo de Estado, por su parte, incidiría también en esta cuestión, sobre el texto de un nuevo anteproyecto en el que sólo se modificaba ya el artículo 15 de la LGT. El dictamen del Consejo de Estado partía de la existencia de un fondo común entre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria y el viejo fraude de ley, pero admitía que la LGT 2003 había cambiado la perspectiva de la institución poniendo el acento en lo objetivo, en la anomalía e impropiedad de los negocios. No obstante, para el Consejo de Estado el artículo 15 persigue una elusión fiscal distinta de la directa ocultación fiscal, sancionable en sí misma. Tras recordar la postura del propio Consejo en relación con esta figura en la tramitación de la que sería LGT 2003, el dictamen recoge los argumentos de la Administración autora del anteproyecto tras el citado informe del Consejo General del Poder Judicial. En particular, la Administración utilizaba dos argumentos de interés. Por un lado, se indicaba que al centrarse el tipo infractor en la identidad fáctica con un supuesto ya visto

por la Comisión consultiva, el tipo tenía certeza suficiente para respetar el principio de legalidad sancionadora, integrado con los tipos generales del Título IV de la LGT. Por otro lado, se nos decía que en realidad la reforma construía una consecuencia ya conocida en el ordenamiento sólo que en sentido inverso. Si la existencia de doctrina administrativa excluía la imposición de sanciones, cuando el contribuyente se ajustaba a ella, debía suponer también la imposición de aquellas cuando el contribuyente se separaba de ella por medio de negocios artificiosos o impropios. Por otra parte, el anteproyecto preveía que en tal caso cabría la imposición de sanciones evitando en apariencia el automatismo que había criticado el Consejo General del Poder Judicial.

No obstante, el dictamen del Consejo de Estado incorpora una salvedad sustancial, si bien más formal de lo que aparentaba. Tras analizar un posible enfoque subjetivo del tipo infractor, ligado a la voluntad de defraudar, así como otras posibles alternativas, el dictamen como observación de carácter esencial, nos dice lo siguiente:

Además, y esta consecuencia parece especialmente grave a este Consejo y potencialmente lesiva del principio de tipicidad que forma parte de las garantías contempladas en el artículo 25 de la Constitución, no puede afirmarse la pretendida inversión que se quiere hacer del artículo 179 LGT. Ante una conducta subjetivamente sancionable, demostrar el acuerdo con el criterio administrativo previamente sentado puede excluir la culpabilidad (a título de dolo o negligencia). Pero no cabe una inversión de esta regla, a efectos sancionadores: el desacuerdo con los criterios administrativos –repetidos, públicos y calificadores de una conducta o un tipo de operación como artificiosas-, no basta para que concurra un acto o conducta que cumpla con el tipo infractor y que pueda ser declarado culpable. Para tal declaración ha de ser probado el cumplimiento del tipo siguiéndose en todo caso los principios del procedimiento sancionador.

Por todo ello, debe suprimirse la modificación del artículo 15, apartados 3 y 4, de la LGT en su redacción por el artículo único, apartado tres, del anteproyecto.

Únicamente cabría arbitrar una solución sancionadora, en el seno del título que regula las infracciones y sanciones, delimitándose una por una las conductas constitutivas de infracción y sancionables, tipificándose necesariamente con todas las garantías del principio de taxatividad y siguiéndose para su apreciación los principios y reglas del procedimiento sancionador.

Fruto aparente de este dictamen del Consejo de Estado es el texto que se incorpora al proyecto de ley y que se convierte en Ley 34/2015. En realidad, la ley de reforma se limita a aceptar esta última sugerencia técnica, la de tipificar una infracción autónoma en el Título IV de la LGT y así aparece el artículo 206

bis de la LGT. Sin embargo, este precepto titulado “Infracción en supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, se limita a decir en realidad que constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la realización de actos o negocios cuya regularización se hubiese efectuado mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley. El precepto añade como posibles circunstancias adicionales cualesquiera de las que integran el tipo de las infracciones ya previstas en los artículos 191 a 193 de la LGT.

A continuación, el precepto retorna a la idea originaria para decir que este incumplimiento constituirá infracción tributaria exclusivamente cuando se acredite la existencia de igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquel o aquellos otros supuestos en los que se hubiera establecido criterio administrativo y éste hubiese sido hecho público para general conocimiento antes del inicio del plazo para la presentación de la correspondiente declaración o autoliquidación. A estos efectos se entenderá por criterio administrativo el establecido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.2 de la misma ley, debiendo pues reglamentariamente regularse la publicidad de estos informes. Esta redacción conduce a que sea punible la infracción cometida en una autoliquidación presentada tras la publicación del informe aunque los actos o negocios se hayan celebrado con anterioridad. La referencia a la fecha de inicio del plazo de presentación de la autoliquidación trata de preservar una igualdad de trato que evite que dos contribuyentes sean tratados de modo diferente en función del momento de presentación de su autoliquidación dentro del plazo referido al mismo periodo impositivo o de declaración.

Finalmente, el apartado tercero del artículo 206 bis incurre en la inconsistencia técnica de calificar esta infracción de grave en todo caso, antes de prever como sanciones unas idénticas a las que resultarían de aplicar los artículos 191 a 193 en el caso de infracciones leves. Estas sanciones son susceptibles de beneficiarse de las reducciones previstas en el artículo 188 de la misma LGT.

La Ley 34/2015 modificó paralelamente el artículo 179.2 de la LGT para advertir que en el caso de la infracción prevista en el artículo 206 bis, no podrá considerarse, salvo prueba en contrario, que existe concurrencia ni de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias ni de la interpretación razonable de la norma a efectos de exoneración de responsabilidad. En cambio, la reforma de 2015 no modificó a estos efectos el artículo 159 de la LGT, relativo específicamente al informe de la Comisión consultiva. Este precepto se modificaría sólo para adaptarlo estrictamente a la reforma del artículo 150, sobre la duración del procedimiento de inspección, sin incluir la previsión de informes de la Comisión consultiva ajenos a un procedimiento de inspección específico. Por último, la reforma afectaría al

artículo 15 de la LGT, sólo para sustituir la referencia a la exclusión de sanciones por otra a lo dispuesto en el artículo 206 bis.

Difícil es pues saber si esta técnica del legislador cumple con las exigencias previstas en el propio dictamen del Consejo de Estado, cuando reclamaba en su observación que se delimitasen una por una las conductas constitutivas de infracción, tipificándose necesariamente con todas las garantías del principio de taxatividad. En realidad, el legislador ha hecho lo que se preveía desde el primer anteproyecto, es decir, ha previsto que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria puede originar una infracción tributaria, tipificando una infracción que pivota sobre la existencia de un criterio administrativo previo y no sobre el grado de artificiosidad de los negocios o de gravedad de las conductas.

La opción legislativa es desde luego discutible. Y desde luego resulta cuestionable desde una doble perspectiva. Por un lado, podemos volver al debate acerca de la propia punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Por otro, más cuestionable, en nuestra opinión, es haber zanjado la cuestión tomando como criterio no las circunstancias concretas del caso sino la existencia de un criterio administrativo previo a través de los correspondientes informes de la Comisión consultiva hechos públicos.

Sin volver al debate sobre la punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, nos parece que esta cuestión debe abordarse sin olvidar dos aspectos. Por una parte, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria es ciertamente una institución distinta del fraude de ley. Aunque se nos diga que el primero es heredero del segundo y aunque nuestros tribunales hayan terminado tratando ambas figuras como si fuesen una sola, lo cierto es que las reservas a la punibilidad del fraude de ley surgían de la proximidad de este a una extensión analógica de la norma defraudada cuando el conflicto en la aplicación de la norma tributaria es la típica norma antielusión que descansa en la índole y artificiosidad de los negocios⁶⁹. Por este motivo, en el Derecho comparado es frecuente que la aplicación de normas de este tipo lleve aparejada la posible imposición de sanciones. Y por ello mismo la reciente Directiva 2016/1164, de 12 de julio, admite en el apartado 11 de su preámbulo, en relación con la norma general antiabuso de su artículo 6º, que “[n]o debería impedirse a los Estados miembros aplicar sanciones cuando sean aplicables dichas normas generales”.

⁶⁹ Como dice GARCIA NOVOA, el fraude de ley sí que respondía a la noción de un conflicto de normas. En cambio, a pesar de denominación, el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria se centra en la adecuación del acto o negocio y en sus efectos. La adecuación del acto o negocio, a su vez, descansa en la ausencia de una verdadera razón de los mismos diferente de los fines fiscales.

Ver: Cesar García Novoa, op. cit.; páginas 394 y siguientes.

Por otra parte, sin embargo, la punibilidad de los casos de conflicto plantea un problema de respeto al principio de legalidad penal como exigencia constitucional de claridad en la definición de los tipos infractores. La base de esta duda puede encontrarse hoy perfectamente expuesta en el apartado 93 de la Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02; caso Halifax). Como se expone en este apartado y recordaremos más tarde *<<[l]a comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación, haciendo que las deducciones del IVA soportado sean, en parte o en su totalidad, indebidas (véase, en este sentido, la sentencia Emsland-Stärke, antes citada, apartado 56)>>*. Este mismo criterio se halla presente en nuestra doctrina constitucional como ha recordado la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2013, de 2 de diciembre, conforme a la cual *<<[e]s doctrina constitucional (por todas STC 196/2011, de 17 de octubre, FJ 3) que “el artículo 25.1 CE, visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente. Esta ‘imperiosa exigencia de predeterminación normativa’ (STC 42/1987), de lex praevia y lex certa (STC 133/1987), conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tipificadora>>*⁷⁰.

⁷⁰ En esta línea destaca también la pronto olvidada Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2010, de 4 de octubre, exigiendo una especial motivación en una sentencia condenatoria por delito de defraudación tributaria dada la índole de este tipo penal como norma en blanco por remisión a las normas tributarias.

Para analizar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad sancionadora como exigencia de *lex certa*, pueden verse las recientes Sentencias 219/2016 y 220/2016, de 19 de diciembre de 2016, sobre la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en las sanciones administrativas resultantes de una irrazonable subsunción de la conducta de habilitados de clases pasivas en el tipo aplicado.

Sin constituir un caso de fraude de ley o de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, la aplicación de la norma antielusión propia del régimen de operaciones de restructuración, recogida en el artículo 89.2 de la LIS, dentro del Capítulo VII del Título VII, se ha venido realizando asumiendo la ausencia de sanciones. Sólo recientemente, el Tribunal Supremo ha admitido que en ciertos casos cabe apreciar la existencia de una infracción tributaria en ausencia de motivos económicos válidos en una operación acogida al régimen especial. Así ha sucedido en las Sentencias de 23 de mayo de 2016 (recurso de casación núm. 4133/2014) y de 13 de diciembre de 2016 (recurso de casación núm. 2211/2015). En esta última, la Sala acepta la existencia de una doctrina favorable a esa ausencia de sanciones pero afirma que no cabe su aplicación automática sin un análisis caso a caso del elemento subjetivo presente en las operaciones, apreciando en las del caso una simulación relativa.

La sentencia va acompañada de un voto particular (del Excmo. Sr. Don Francisco José Navarro Sanchis, al que se adhiere el Excmo. Sr. Don José Díaz Delgado). El voto particular defiende la conveniencia de haber mantenido esa doctrina tradicional contraria a la exigencia de sanciones y niega la presencia de

Todo lo anterior se hace más complejo cuando el tipo infractor descansa no en las características del fraude sino en la existencia de un criterio administrativo previo. El legislador, posiblemente influido por determinados casos concretos de la práctica administrativa más reciente, dicta una norma que pretende evitar no tanto futuros negocios fraudulentos como la continuidad de esquemas ya detectados por la Administración y desautorizados por ésta. Tal continuidad podría darse tanto en otros obligados tributarios como en el mismo obligado tributario que ya fue objeto de una regularización con aplicación del artículo 15 de la LGT. Aunque la liquidación dictada no sea firme ni tampoco obviamente la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, el nuevo artículo 206 bis permitiría considerar que existe una infracción tributaria en las autoliquidaciones posteriores de ese obligado tributario si éste recoge en aquellas los efectos pendientes de los negocios ya declarados abusivos a los efectos de la regularización procedente en periodos o ejercicios anteriores. Es más, este supuesto tal vez pueda ser más frecuente en la práctica que el de la aplicación del artículo 206 bis a un obligado tributario distinto tras la publicación de informes relativos a situaciones sustancialmente iguales. En el caso de efectos posteriores de negocios ya cuestionados, la igualdad sustancial se halla implícita en el origen único, mientras que ese juicio de igualdad puede ser difícil de soportar entre contribuyentes diferentes.

En cualquier caso, resulta doblemente cuestionable la redacción dada al artículo 179.2 de la LGT. Al decir que en el caso del artículo 206 bis, no podrá considerarse, salvo prueba en contrario, que existe concurrencia ni de la diligencia debida ni de una interpretación razonable a los efectos de excluir la responsabilidad, la norma presume la culpabilidad como mera consecuencia de la existencia de un criterio administrativo. Es verdad que el precepto admite que sea así salvo prueba en contrario pero ello puede entenderse como una inversión de la carga de la prueba contraria al principio de presunción de inocencia en materia sancionadora. LUCAS DURAN (2016) considera que la existencia de un informe de la Comisión consultiva justifica esa inversión de la carga de la prueba, cuando además se admite la posibilidad de probar en contra⁷¹. No obstante, esa inversión como tal no parece posible en el marco del artículo 25 de la Constitución española ni siquiera en el contexto de la

ocultación, afirmando que <<[a] tal efecto, es bastante con considerar que la simulación debe ser real y objetiva, fáctica en suma, sin que quepa asimilar a tal categoría la ocultación o simulación de las intenciones o propósitos, pues en tal caso todos los negocios indirectos o anómalos serían, por definición, simulados y, en tal carácter susceptibles de venir acompañados de sanción. Si queremos llegar a tal conclusión -si la aceptamos como válida y pertinente-, deberíamos afrontar un cambio de rumbo de nuestra doctrina, pero no de una manera elíptica o solapada, sino de forma clara, solemne y motivada, a fin de deslindar los supuestos de aplicación de la cláusula antifraude en que sería improcedente la sanción de aquellos otros en que en principio cabría su ejercicio>>.

⁷¹ Manuel Lucas Durán, “Sanciones administrativas para algunas conductas de elusión tributaria: el nuevo artículo 206 bis de la LGT y posibles alternativas al mismo”; *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, Madrid, número 397, abril 2016; página 37.

existencia de un criterio administrativo previo cuando el contribuyente tiene el deber de autoliquidar el tributo⁷², por lo que posiblemente el artículo 179 exigirá una interpretación constitucional que evite esa radical inversión y permita ponderar las pruebas existentes aceptando que sea prueba suficiente para desvirtuar esa presunción de inocencia la existencia de negocios artificiosos ya considerados como tales por la Administración. De esta forma, el problema volverá al tipo infractor y al principio de igualdad para determinar si constitucionalmente cabe hacer descansar el principio de legalidad penal en la existencia de un criterio de la Administración abstracción hecha de las circunstancias del caso y el grado de artificiosidad de los negocios u operaciones⁷³.

Un problema distinto surgirá del valor que se da a informes de la Comisión consultiva que están sujetos aún a control jurisdiccional. De acuerdo con la redacción actual del artículo 206 bis, se harán públicos informes de la Comisión consultiva que han servido para fundar actos de liquidación que perfectamente pueden no ser firmes. Puede ocurrir pues que en ese procedimiento inicial se anule finalmente esa declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. A partir de aquí aparecen dos problemas, referidos tanto a la trascendencia de esa nulidad posterior para las sanciones impuestas luego al amparo de la publicidad de aquel informe como al valor de esa resolución administrativa o judicial en las reclamaciones o los procesos diferentes donde se cuestione la validez de las liquidaciones y sanciones en asuntos en los que se haya apreciado esa igualdad sustancial.

A nuestro juicio, la nulidad de la primera declaración de conflicto acarrea la nulidad de las sanciones impuestas a su amparo. Esta nulidad deberá declararse en el proceso correspondiente lo cual atribuye una posible extraña prejudicialidad a la cuestión debatida en la impugnación de aquel primer asunto. Porque, por otra parte, esa prejudicialidad no existe a los efectos de limitar la capacidad de otros órganos jurisdiccionales para considerar que no

⁷² Como dice entre otras muchas la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2016 (recurso de casación núm. 3942/2015), <<la carga de la prueba de la culpabilidad corresponde a la Administración tributaria, sin que exista una presunción de culpabilidad que deba ser desvirtuada por el obligado tributario sino, todo, lo contrario, una presunción de buena fe, que debe ser desvirtuada por la Administración>> (FD 5º). Una jurisprudencia que se funda en la doctrina constitucional construida a efectos tributarios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2005, de 20 de junio.

⁷³ Para CARRASQUER CLARI (2016), un tipo infractor no puede construirse como una norma en blanco llamada a ser completada con una decisión administrativa, de forma que una conducta sea o no sancionable sólo por existir o no una declaración previa de la Administración tributaria.

Ver: Marisa Carrasquer Clari, “Una vuelta atrás en la configuración de la elusión fiscal”; *Carta Tributaria*, número 13, 2016.

Ver también: Juan Calvo Végez, *La cláusula antiabuso tras la reforma tributaria*; Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

existen en las operaciones los elementos propios del conflicto en la aplicación de la norma, o que apareciendo esos elementos no concurre la igualdad sustancial con aquellas otras operaciones del informe publicado o que no se ha probado la culpabilidad del sujeto infractor del artículo 206 bis. En todo caso el problema radica en que tal y como está definido el tipo de este artículo 206 bis, la nulidad de la primera declaración de conflicto parece eliminar un elemento del tipo de la infracción subsiguiente. Por ello LUCAS DURAN entiende que si esta sanción subsiguiente ha alcanzado firmeza aquella nulidad debe conducir a su revocación⁷⁴.

2.8 La prescripción en el caso de liquidaciones derivadas de la aplicación de estas normas antielusión

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, modificó la Ley General Tributaria en otro ámbito que también atañe al de las normas antielusión, como es el de la aplicación de la prescripción.

En el ordenamiento tributario español constituía un viejo problema el relativo a la aplicación de la prescripción en el caso de la comprobación de bases imponibles negativas o créditos fiscales procedentes de ejercicios o periodos prescritos pero aplicados o pendientes de aplicación en ejercicios o periodos no prescritos y objeto de comprobación. La jurisprudencia clásica del Tribunal Supremo había reconocido una cierta firmeza a esas bases negativas o créditos fiscales de forma que la Administración no podía ya rectificar esas cantidades con ocasión de la comprobación de un ejercicio posterior. Ello dio lugar ya a una doble modificación legal, primero en la legislación del Impuesto sobre Sociedades y luego en la propia Ley General Tributaria, en este segundo caso en concreto a través de los artículos 70.3 y 106.5 de la LGT 2003.

Sin embargo, una dubitativa jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo⁷⁵ desembocaría en la Sentencia de 4 de julio de 2014 (recurso de casación núm. 581/2013), en la cual el Tribunal Supremo negaría la posibilidad de que la Administración pudiera declarar en fraude de ley una operación realizada en un ejercicio prescrito aunque esa operación produjese efectos en ejercicios no prescritos y la declaración de fraude de ley limitase sus consecuencias a estos últimos evidentemente.

Tras esta sentencia, la reacción del legislador fue inmediata, siempre en el contexto de las operaciones de apalancamiento para adquisiciones intragrupo

⁷⁴ Manuel Lucas Duran, op. cit.; páginas 24 y 25.

⁷⁵ Ver por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2012 (recurso de casación núm. 6330/2010), así como las sentencias posteriores de 6 y 14 de noviembre de 2013 (recursos de casación núm. 4319/2011 y núm. 4303/2011) y 9 de diciembre de 2013 (recurso de casación núm. 2883/2012).

con deducción de gastos financieros en España. Primero, la nueva LIS (Ley 27/2014, de 27 de noviembre) introdujo toda una serie de normas dirigidas a permitir a la Administración tanto la comprobación de ejercicios prescritos a los efectos de sus consecuencias en otros ejercicios aún no prescritos, como la recalificación, la aplicación del artículo 15 de la LGT o la declaración de fraude de ley en relación con operaciones o negocios realizados en ejercicios prescritos. Por un lado, los artículos 26.5, 31.7, 32.8 y 39.6 permitieron la rectificación de tales bases negativas o créditos fiscales aplicados o pendientes de aplicación en los ejercicios comprobados. Por otro, el artículo 120.2 de la LIS permitiría a la Administración comprobar hechos o negocios de ejercicios prescritos. Finalmente, la disposición adicional décima de la LIS otorgaba una cierta retroactividad a la reforma al permitir la aplicación de los nuevos preceptos en procedimientos de inspección en curso en los que no hubiera habido aún propuesta de liquidación.

Más tarde, la reforma de la Ley General Tributaria, por obra de la Ley 34/2015, completa estas herramientas legales de la Administración tributaria a través de los artículos 66 bis y 115 de la LGT, de aplicación general y no limitada al impuesto sobre sociedades.

Y entretanto el Tribunal Supremo cambió de criterio. A partir de la Sentencia de 5 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 4075/2013; caso Coty Spain), el Tribunal Supremo abandona el precedente de la Sentencia de 4 de julio de 2014 y asume que, por el contrario, cabe esa declaración de que una operación o negocio fue realizado en fraude de ley aunque ese negocio hubiera sido realizado en un ejercicio o periodo ya prescrito. No otra cosa es lo que dicen hoy los citados artículos 66 bis y 115 de la LGT cuando, en particular, el apartado segundo del artículo 115 señala que en el desarrollo de sus funciones de comprobación e investigación, la Administración Tributaria podrá calificar los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que éste último hubiera dado a los mismos y del ejercicio o periodo en el que la realizó, resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 16 de esta Ley. Esta recalificación extenderá sus efectos respecto de los ejercicios o periodos no prescritos en los términos del artículo 66.a) de la misma Ley.

En realidad, esta evolución normativa y jurisprudencial pone de relieve que el problema clásico de la comprobación de bases negativas o créditos fiscales procedentes de ejercicios prescritos se ha escindido en tres problemas distintos. Por un lado, nos encontramos con la comprobación en sentido estricto de aquellos conceptos determinados en autoliquidaciones de ejercicios o periodos prescritos, conceptos tales como bases imponibles negativas o deducciones que se van a aplicar en ejercicios posteriores. En este caso, la LIS 2014 y luego el artículo 66 bis de la LGT, reformada en 2015, establecen un plazo de prescripción especial de diez años para la comprobación de tales

cantidades o magnitudes autoliquidadas en su día en la medida en la cual esos créditos fiscales se hayan compensado o se hallen pendientes de compensación en ejercicios posteriores comprobados y dentro del plazo de prescripción ordinario.

Por otro lado, siempre ha sido claro que la Administración puede requerir y el contribuyente debe aportar pruebas o justificantes en relación con hechos o negocios realizados en ejercicios o periodos prescritos cuando esa prueba es necesaria en un ejercicio o periodo no prescrito.

Y, finalmente, en torno al debate centrado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2014 y las de la Audiencia Nacional que hasta entonces habían seguido este mismo criterio, surge una tercera categoría y se plantea cómo se aplica la prescripción cuando ni se trata de revisar magnitudes autoliquidadas en un ejercicio prescrito ni se exige la prueba de hechos sucedidos en un periodo anterior, sino que la Administración tributaria pretende, en el ejercicio de sus facultades de comprobación, recalificar un negocio, considerar éste simulado o declarar que una operación ha constituido un fraude de ley o un conflicto en la aplicación de la norma tributaria, cuando esos actos o negocios se realizaron en ejercicios o periodos prescritos. Y tanto el Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 5 de febrero de 2015 como el legislador, a través del artículo 120.2 de la LIS 2014 y del artículo 115.2 de la LGT entienden que la Administración puede aplicar los artículos 13, 15 y 16 de la LGT a tales operaciones sin límite de tiempo, es decir, sin aplicar, ni el límite temporal general de la prescripción ni el límite de diez años de la prescripción prevista en el artículo 66 bis de la LGT, siempre que las consecuencias de esas actuaciones se limiten a periodos o ejercicios no prescritos conforme al plazo general de prescripción.

En suma, si un acto o negocio afecta a la cuantificación de obligaciones o deudas tributarias respecto de las que no ha prescrito el derecho de la Administración a liquidar, la Administración tributaria puede practicar una liquidación de este periodo o ejercicio, sobre la base de la indebida calificación o del carácter simulado o abusivo de aquel acto o negocio, aunque éste se haya realizado en un periodo o ejercicio respecto del que haya prescrito el derecho de la Administración a liquidar. Aparentemente, y aunque ello afecte a la seguridad jurídica, la Administración puede obrar así sin límite temporal alguno, en particular sin el límite de diez años previsto para la comprobación de bases negativas o deducciones. Tampoco rigen en este caso las exigencias procedimentales previstas en el apartado segundo del artículo 66 bis de la LGT, aunque sí el principio de confianza legítima en el sentido de que la Administración no podría cuestionar un acto o negocio cuando éste tuvo lugar en un periodo o ejercicio comprobado por la Administración y la Administración aceptó, explícita o implícitamente, la validez del acto o negocio con motivo de aquella comprobación.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS ANTIELUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

3.1 Breve introducción histórica

3.1.1 Los precedentes iniciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Cuando se promulgó la Ley General Tributaria de 2003, el legislador partió de la asunción de que las viejas normas antielusión habían adolecido de una escasa aplicación práctica, dadas las dificultades que dicha aplicación entrañaba para los órganos de la Administración tributaria y la renuencia de los Tribunales de Justicia, e inclusive de los Tribunales Económico-Administrativos, a dotar de efectividad a unas normas aquejadas de una excesiva imprecisión, lo que podría ir en detrimento de la seguridad jurídica y de la libertad económica, como valores consagrados en la Constitución. Sin embargo, ya en aquellos momentos la práctica jurídica española era en realidad diferente y lo iba a ser especialmente tras la posterior evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de 2008.

Ciertamente, las normas antielusión habían tenido históricamente una escasa aplicación en España⁷⁶, tal y como esas normas aparecían en los artículos 24 y 25 de la LGT de 1963. Inclusive, tras las reformas fiscales de 1977-1978 y la implantación en España de un sistema fiscal de tipo europeo moderno, esas normas venían careciendo de verdadera efectividad. No obstante, existían algunos precedentes históricos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que puede resultar de interés recordar hoy.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1988 constituyó un precedente de la tendencia de nuestros Tribunales a rechazar determinadas manipulaciones negociales sin invocar ninguna norma antielusión concreta sino mediante una interpretación que pudiéramos calificar de “ad hoc” del grupo normativo afectado. En aquel caso, el Alto Tribunal rechazó las pretendidas pérdidas de un contribuyente por la enajenación en bolsa de valores comprados poco antes fuera de bolsa y a un valor muy superior. Como recordará más tarde la sentencia del mismo Tribunal Supremo, fechada el 22 de mayo de 1998 (recurso de apelación núm. 2552/92), en un asunto de naturaleza diferente, pero en el cual se invoca aquella Sentencia de 1988 expresamente, <<*en materia de valoración de acciones, [...] la Hacienda Pública es un tercero, respecto de los contratos que celebren los particulares, sean éstos civiles o mercantiles. Siendo un tercero y no habiéndose impugnado por inexacto el precio de adquisición de las acciones deberá estarse al precio que se abonó por ellas, con intervención de Agente de Cambio y Bolsa, ya que*

⁷⁶ Para una exposición de la jurisprudencia histórica sobre el fraude de ley, ver: Eusebio González García, *El fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia*, op. cit.

su fe pública en las transacciones mercantiles dota al contrato celebrado de los requisitos necesarios para su plena eficacia. Pero ello no significa, sin más, que el precio de compra que se califica como valor convenido pueda producir sus efectos respecto de los beneficios tributarios que la Ley conceda. Precisamente por su cualidad de tercero, ajeno al contrato de adquisición de acciones, la Administración no tiene que admitir aquel supuesto valor convenido>> (STS 22-5-1998; FD 2º). Y en la Sentencia inicial de 6 de mayo de 1988, el Alto Tribunal se apoyaba en esa condición de tercero de la Hacienda Pública para permitirle rechazar, para los valores cotizados en Bolsa, un valor superior al de dicha cotización, sobre todo cuando el precio que se dice pagado por esos valores es tres veces superior al de su cotización oficial. <<Por otra parte, –añade la Sentencia- debe calificarse de anómala –con calificativo ciertamente benévolo- la conducta de la entidad apelante, quien al comprar los valores, dice pagar por ellos más de tres veces sobre su cotización en Bolsa, y sin embargo al venderlos, a efectos de obtener un beneficio fiscal por la depreciación de la venta, los vende a su cotización en Bolsa, o sea con una pérdida de más de tres veces respecto del valor de adquisición, puesto que parece lógico que si en el momento de su adquisición no se tiene en cuenta su cotización oficial, tampoco se debe tener en cuenta en el momento de su venta y se acudan tanto en uno como en otro momento, a los mismos criterio>>”(STS 6-5-1988; FD 3º).

En suma, el Alto Tribunal, primero, concibe una pérdida como un beneficio fiscal, para luego rechazar sin más ese supuesto y pretendido beneficio sobre la base de argumentos tales como el carácter de tercero de la Hacienda Pública y los límites de la fe pública mercantil, pero centrándose implícitamente en la evidente manipulación realizada por la entidad contribuyente. El Tribunal Supremo, en esa Sentencia de 1988, no dudaba inclusive en calificar el proceder de la entidad como un verdadero fraude de ley (FD 4º), sin invocar a pesar de ello el artículo 24 de la LGT ni exigir el procedimiento especial que la Administración no había seguido. El Alto Tribunal viene a ver ese fraude de ley en la conducta de quien adquiere unas acciones a un precio muy superior al valor de cotización para venderlas pocos meses después a ese valor de cotización, pretendiendo acreditar así fiscalmente la correspondiente pérdida, sin justificar siquiera el argumento de corresponder el precio de compra pagado al valor de liquidación. Todo lo cual permite al Tribunal Supremo concluir creando una norma antielusión específica no prevista en el ordenamiento positivo cuando dice que <<[p]uede establecerse por lo tanto a modo de conclusión, que cuando se trate de valores que cotizan, la depreciación que ha de tenerse en cuenta, a efectos impositivos, es la que resulte de la comparación entre el precio oficial de adquisición y el precio oficial de venta, no los precios convenidos entre el vendedor y el comprador>> (FD 6º)⁷⁷.

⁷⁷ El TEAC invocaría esta doctrina en una Resolución de 20 de junio de 2003 (núm. 00/07026/2000). El TEAC no sólo cita aquella Sentencia del Alto Tribunal de 6 de mayo de 1988 sino que justifica la

Encontramos otro precedente de contenido similar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la Sentencia de 18 de mayo de 1994 (recurso de casación núm. 1.052/1993), en la cual se rechaza la pérdida derivada de una aportación societaria no dineraria, con el argumento de que esa pérdida no responde a la realidad al no significar esa aportación una verdadera alteración en la composición del patrimonio del contribuyente. De nuevo, nos hallaríamos ante una interpretación “ad hoc” para subsanar una deficiencia normativa al no prever entonces la norma fiscal una regla de valoración para esa aportación distinta del nominal del capital recibido en contraprestación. Por supuesto, la pretendida ausencia de alteración patrimonial contradice la misma norma fiscal del IRPF que siempre ha considerado existente esa alteración en las aportaciones societarias de elementos patrimoniales, de tal forma que esa razón no es sino una forma de justificar, si se quiere “*extra legem*”, el rechazo de la manipulación del contribuyente y el abuso de éste en la aplicación de la norma fiscal. Por supuesto, cabría haber entendido presente un caso de fraude de ley, pero tampoco siguieron en este supuesto esa vía ni la Administración ni el Tribunal Supremo.

Al margen de estos importantes antecedentes, la Administración había debido enfrentarse años antes al que posiblemente fue el primer supuesto de aplicación de estas normas generales antielusión. Sería el caso del uso de sociedades interpuestas para evitar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de inmuebles. Antes de la introducción en el ordenamiento tributario de una norma antielusión específica como fue la recogida en los artículos 38 a 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1974, que exigió precisamente que la Administración hubiera reconducido al procedimiento de fraude de ley un supuesto de este tipo. Más tarde, el artículo 108 de la LMV sustituiría a aquella norma primera antielusión y la sucesión entre ambas permitiría al TEAC dictar la importante Resolución de 26 de abril de 1989 (RG 1917-1-88). En ella, el TEAC rechaza el fraude de ley apreciado por la Administración en la transmisión de la totalidad de las acciones de una sociedad cuyo activo está compuesto exclusivamente por un inmueble y dinero. El TEAC considera que *<<[p]or propia naturaleza, la procedencia de un expediente de fraude de ley requiere que la operación con la que se intenta el pretendido fraude no esté contemplada, regulada y corregida por la Ley*

vigencia de aquella doctrina en una situación normativa nueva, al ser ahora de aplicación ya la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978. En este contexto, el TEAC precisamente recalca que *<<los razonamientos del Tribunal Supremo no se sustentan en una norma concreta>>*, de modo que esta interpretación *<<se asienta sobre los principios rectores del ordenamiento tributario>>*. En particular, el TEAC justifica que no sea necesario acudir a la norma específica sobre valoración de operaciones vinculadas en un caso así, de forma que la corrección del valor de adquisición no sólo sería posible en el marco de la valoración de esas operaciones, una vez justificada la existencia de vinculación, sino también por aplicación de esos principios generales, sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo y sin necesidad de invocar una norma antielusión concreta.

fiscal>> (R TEAC 26-4-1989; Considerando 4º), como sucedía en aquel caso en que ya la Ley 50/1977, con el ánimo de evitar la llamada elusión fiscal mediante sociedades, había introducido la oportuna norma antielusión. Es esta una importante doctrina sentada entonces por el TEAC, y luego no reiterada claramente por éste, conforme a la cual no cabría aplicar el fraude de ley para llevar más allá de sus propios términos una norma antielusión específica, de tal modo que ante supuestos abusos no contemplados en esa norma, pero de idéntica naturaleza a los previstos en ella, el legislador debería cambiar los términos de la norma “ad hoc”, como en suma haría para dar lugar respecto de aquellos supuestos de elusión a la norma contemplada en el artículo 108 de la LMV y en el 17 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y recogida hoy en el artículo 314 del TRLMV⁷⁸.

Finalmente, el Tribunal Supremo había dictado algunas contadas sentencias sobre el viejo fraude de ley ex artículo 24 de la LGT 1963, antes incluso de su reforma en 1995. En primer lugar, encontramos la Sentencia de 30 de marzo de 1999 (recurso de casación núm. 5.785/1993). En aquel caso, sobre el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, unas capitulaciones matrimoniales, aprovechando una laguna legal, permitían eludir el impuesto, al otorgarse inmediatamente antes de la transmisión de un inmueble, adjudicando a uno de los cónyuges ese inmueble sin tributación y sin periodo de generación posterior del incremento de valor gravado. Para la Sala no existió fraude de ley, sino simple economía de opción, a pesar de la evidente finalidad de esas capitulaciones, ajena a su naturaleza propia, y del escaso tiempo transcurrido entre su otorgamiento y la transmisión del terreno, que hacían a aquéllas antesala de esa transmisión. La confusión del legislador, calificando como exención lo que debía ser, como hoy ocurre, un diferimiento del impuesto, permitía al contribuyente aprovecharse lícitamente de esa laguna o error de técnica normativa. En realidad, en aquel caso, el Ayuntamiento de Santander había practicado las liquidaciones sin acudir al fraude de ley, lo que no fue obstáculo para que el Alto Tribunal entendiese que el proceder del contribuyente ni siquiera podía encuadrarse como tal fraude de ley.

Por otra parte, en las Sentencias de 8 de junio y 28 de septiembre de 2002 (recursos de casación núm. 2112/1997 y núm. 7368/1997), el Tribunal Supremo, en un supuesto de calificación, entendió que no existía una donación en parte de un préstamo a 75 años sin interés y con devolución fijada para el

⁷⁸ Años más tarde, el Tribunal Supremo confirmará este planteamiento en su ya citada Sentencia de 22 de noviembre de 2016. En un caso de posible fraude de ley más allá de la aplicación del artículo 108 de la LMV, el Tribunal Supremo señala taxativamente que ante una medida específica de lucha contra el fraude que obliga a estar a los requisitos establecidos, no cabe la vía del fraude de ley, ni de la simulación ni de la calificación, para aplicar el precepto a otros hechos que puedan considerarse asimilables al definido en la norma antielusión específica.

vencimiento de ese periodo. Y en su Sentencia de 16 de mayo de 2002 (recurso de casación núm. 819/1997), la Sala, por último, se enfrenta, en la gestión del viejo Impuesto Municipal sobre Solares, a un terreno dedicado aparentemente a un cultivo agrícola, a pesar de su evidente valor urbanístico, quedando así no sujeto al citado impuesto. Si bien el Ayuntamiento liquidó de nuevo directamente, ante su argumento en casación de existir un fraude de ley, la Sala responde que esa apreciación no es sino un juicio de valor, frente al que prevalece lo alegado por la entidad acerca del destino agrícola del suelo urbanizable dada la imposibilidad de iniciar aún su construcción.

Y así llegamos hasta la Sentencia del Alto Tribunal de 11 de julio de 2003 (recurso de casación núm. 9697/1998). Los hechos del caso se remontaban a 1977, en relación de nuevo con el Arbitrio entonces o Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, que habría sido eludido por una entidad, al segregar una parcela en Sevilla, haciendo que una parcela menor quedase con la mayor parte de la fachada a la calle y una parcela mayor sin fachada, existiendo, como había, un proyecto urbanístico único. El Ayuntamiento de Sevilla liquidó el impuesto prescindiendo de la segregación, pero sin acudir al expediente de fraude de ley, lo que rechazó el TEAR de Andalucía. El Ayuntamiento, en consecuencia, acudió al expediente de fraude de ley, de acuerdo con el criterio del TEAR, cuya procedencia es lo que en definitiva confirmó la Audiencia Nacional en Sentencia de 21 de mayo de 1998 y luego el Tribunal Supremo.

La Sentencia recogía ya una noción amplia del fraude de ley, curiosamente próxima a la noción del conflicto en la aplicación de la norma tributaria que ese mismo año 2003 se incorpora a la LGT. Así, para la Sala, *“basta examinar las complicadas operaciones de segregación y constitución de servidumbres, relacionadas al principio para llegar a la razonable conclusión de que no obedecían a criterios lógicos de carácter urbanístico o hipotecario, sino a buscar un artificio para dejar la mayor parte del terreno sobre el que se edificara, sin frente a la calle que, por su categoría, suponía un valor superior a efectos del arbitrio sobre plusvalía...”* (STS 11-7-2003; FD 6º). He aquí pues ya la referencia al carácter artificioso de las operaciones y la ausencia de un motivo económico válido, como si estuviéramos ante el artículo 15 de la LGT actual, cuando el caso se resuelve aplicando el viejo artículo 24. El Alto Tribunal prescinde en la solución de este caso de la búsqueda de una norma de cobertura, enfrentada a la norma aludida. Es más, en el caso nos hallamos ante actos de segregación, sin carácter negocial, siendo difícil hablar de un acto realizado al amparo del texto de una norma, como sería la hipotecaria que permitía la segregación, buscando eludir el impuesto, más allá del hecho de la artificiosidad y la ausencia de motivos lógicos en los que se fija el Alto Tribunal. Curioso inclusive hubiera resultado saber cuál hubiera sido la decisión de nuestros tribunales de haber prevalecido el enfoque inicial del Ayuntamiento de

Sevilla que no acudió al expediente de fraude de ley sino a un puro rechazo de la operación fraudulenta.

3.1.2 La doctrina preliminar del TEAC

El TEAC dictó antes de 2002 algunas importantes resoluciones cuando todavía no existía jurisprudencia alguna del Tribunal Supremo ni una doctrina clara de la Audiencia Nacional. Tales resoluciones abrieron sin duda el camino de la jurisprudencia posterior.

La historia moderna de la aplicación en España de las normas antielusión comenzó a mediados de los años ochenta del pasado siglo, cuando por diferentes circunstancias, la Administración tributaria ha de enfrentarse a supuestos más variados, más complejos y más generalizados de elusión fiscal. Es entonces cuando los seguros de vida a prima única, el abuso en operaciones de “*lease-back*”, las cesiones de crédito como producto financiero o el abuso en la negociación de otros productos financieros⁷⁹, van a dar lugar a controversias importantes entre la Administración tributaria y amplios grupos de contribuyentes. Y correspondió al TEAC inevitablemente la labor inicial de establecer criterios acerca del tratamiento de aquellas operaciones.

Tras una primera Resolución de 9 de diciembre de 1988, destacan en este proceso sin duda las Resoluciones de 2 de noviembre de 1989 y de 26 de junio de 1991, referidas a operaciones de renta temporal y de seguro a prima única respectivamente. En la primera de estas Resoluciones (RG 912-1-88), sobre la base del artículo 25.3 de la LGT 1963, en su redacción anterior a la reforma de 1995, el TEAC recurre al negocio indirecto, entendido como una noción desde luego distinta al fraude de ley, pues en el negocio indirecto las partes celebran un contrato típico, con el propósito, sin embargo, de alcanzar un fin distinto del que le resulta peculiar y propio. Ese fin supone unos efectos indirectos del negocio, que en aquel caso conducían a un tratamiento fiscal ventajoso para una imposición de capitales bajo la forma de renta temporal inmediata, cuando en realidad los efectos económicos eran idénticos a una pura operación de ahorro con un determinado interés financiero. Esta sutil distinción entre negocio indirecto y fraude de ley permitía a la Administración básicamente prescindir del expediente especial, ex artículo 24 de la LGT anterior, e imponer, en su caso,

⁷⁹ En aquellos años por diferentes razones fiscales surgieron estas operaciones. Los seguros de vida a prima única fueron ofrecidos sobre todo por compañías de seguros vinculadas a entidades bancarias como fórmulas de ahorro con una mejor fiscalidad por la ausencia de retención dada la calificación entonces de la renta como incremento de patrimonio. Por esta misma razón, estos seguros no estaban inicialmente sujetos a las obligaciones de información propias de los rendimientos del capital mobiliario sujetos a retención. Las operaciones de “*lease back*” permitían generar gastos deducibles sin previa tributación entonces de la plusvalía generada en la transmisión inicial. Las cesiones de crédito buscaban igualmente la generación de rentas derivadas de inversiones financieras que no estuvieran sujetas a retención y a las consiguientes obligaciones de información.

sanciones. Para el TEAC, esta distinción permitía afirmar que *<<en un negocio indirecto puede la Hacienda Pública gravar por IRPF los hechos imponible que se deriven de los efectos o resultados del negocio indirecto al margen y con completa independencia del concepto de fraude de ley>>*. La noción de negocio indirecto aparece así en la doctrina del TEAC como una verdadera cláusula general antielusión paralela, destinada a soslayar los inconvenientes del fraude de ley. Y durante años, el TEAC va a mantener intermitentemente su doctrina sobre esta figura, nunca del todo compartida, como veremos, por la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo.

En la posterior Resolución de 26 de junio de 1991 (RG 6717/90 y 908-91), el TEAC va a acudir a la figura de la calificación, sobre la base entonces del artículo 25.2 de la LGT 1963. Ante unos seguros de vida a prima única, el TEAC entiende que la causa jurídica verdadera de los contratos celebrados no es la propia de las operaciones de seguro, sino la de los contratos de préstamo o depósito irregular retribuido, lo cual, dice el TEAC, permitía *<<calificar a efectos fiscales y al amparo de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LGT a los negocios de que se trate como imposiciones de capital a plazo>>*. Como veremos, este enfoque será finalmente aceptado por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo.

Sin embargo, en su Resolución de 9 de marzo de 1994 (RG 1329/1993), el TEAC, ante una combinación de seguros, volvería a la tesis del negocio indirecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.3 de la LGT anterior y con cita de Resoluciones anteriores del propio TEAC, como las de 6 de diciembre de 1983, en el caso de un negocio fiduciario, y la de 30 de noviembre de 1988, en el caso de una compraventa que perseguía la constitución de una renta vitalicia. Finalmente, el TEAC añade la distinción entre negocio indirecto y negocio simulado, pues en el negocio indirecto *<<nada se finge ni se oculta y existe un motivo que intencionalmente supera al fin propio del negocio sin que exista desproporción entre este como medio y aquel como fin>>* (R TEAC 9-3-1994; Considerando 7º).

Siguiendo el análisis de estos precedentes iniciales, en su Resolución de 30 de noviembre de 1994 (RG 5430/1990), el TEAC va a utilizar de nuevo la figura del negocio indirecto para rechazar en este caso por vez primera la utilización abusiva de un “*lease back*”, en un caso especialmente significativo. Tras analizar las características reales de la operación e insistir en la ausencia de cualquier flujo de tesorería como consecuencia de la operación de venta y arrendamiento financiero con opción de compra de una rotativa, el TEAC afirma la existencia de simulación en cuanto hubo una fijación del precio de la compraventa muy superior al valor real del equipo transmitido, a pesar de lo cual, a continuación, el TEAC, abandona esta tesis para seguir la del negocio indirecto, conforma a la cual, como ya hemos dicho, *<<puede la Hacienda Pública aplicar la norma fiscal sobre los efectos o resultado del negocio*

indirecto, al margen y con completa independencia del concepto de fraude de ley>> (R TEAC 30-11-1994; Considerando 4º). Esta resolución sería confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 5 de marzo de 1997 (recurso núm. 27/1995), que a su vez será confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de junio de 2002 (recurso de casación núm. 3159/1997).

Junto a esta Resolución y la de 28 de febrero de 1996, que inicia la serie de las relativas a la donación de acciones pignoradas, destaca la fechada el 29 de marzo de 1995 (RG 780/1991). Una sociedad, constituida pocos días antes por aportación de unos bienes inmuebles, realiza una ampliación de capital, renunciando los accionistas a suscribir las nuevas acciones que son así suscritas por una sociedad holandesa, constituida un día antes, la cual de esta manera adquiere el control de la primera entidad. A continuación, pocos días después, la entidad holandesa enajena las acciones suscritas, obtiene una importante plusvalía y no tributa por ella en España en aplicación del CDI entre España y los Países Bajos.

El TEAC acude de nuevo al negocio indirecto, pues el efecto indirecto del complejo negocial realizado en el corto periodo de diez días ha sido en realidad el de convertir una plusvalía inmobiliaria en otra derivada de unos valores mobiliarios, de suerte que ésta última no tribute en España por aplicación del citado CDI. Sin embargo, la Inspección inicialmente había optado por calificar como donación la renuncia a los derechos de suscripción, extendiendo pues el acta a la entidad holandesa la cual como donataria habría obtenido una renta sujeta a tributación en España y equivalente a la plusvalía obtenida. El TEAC al confirmar el acuerdo de la Inspección, y la resolución intermedia del TEAR, cambia sin embargo la razón de ser de esa regularización, pues no se limita a calificar como donación la renuncia a los derechos de suscripción sino como negocio indirecto todo el complejo negocial realizado. El TEAC reconoce que las operaciones realizadas han tenido como finalidad eludir la tributación en España de la plusvalía derivada de la enajenación de unos terrenos y añade que *<<[s]on estos efectos perversos respecto del espíritu y finalidad de la norma fiscal los que la Administración tributaria puede y debe corregir utilizando como instrumento el artículo 25.3 de la LGT que [...]no impone en modo alguno la nulidad de los contratos celebrados ni sus efectos sobre las partes contratantes, sino la adecuación del hecho imponible a sus verdaderos términos, evitando la elusión del impuesto merced a este tipo de artificios>> (R TEAC 29-3-1995; Considerando 7º).*

El TEAC en esta resolución pone de manifiesto varias cosas. De la resolución se desprende que el complejo negocial era anómalo, cuando la Inspección había venido a aceptarlo limitándose a calificar como donación una parte del mismo. El TEAC soslaya que su enfoque y el de la Inspección daban lugar en realidad a un cambio del propio sujeto pasivo, pues el verdadero propósito del

artificio realizado conducía a la tributación de la plusvalía en sede de la entidad española o de sus socios, pero no a la tributación de renta alguna en sede de la entidad holandesa. Pero, especialmente, a la vista de la jurisprudencia posterior, aquel complejo negocio podría haber sido considerado como un negocio simulado. Entonces, el TEAC prefería acudir al negocio indirecto o a la recalificación de las operaciones realizadas.

Más tarde, hallamos ya las dos resoluciones decisivas de 20 de julio de 2001. La primera de estas resoluciones de 20 de julio de 2001 (RG 8924/98), será confirmada luego por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2003 (recurso núm. 1090/2001) y años más tarde por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 (recurso de casación núm. 43/2004). Todas estas resoluciones se producen en el marco del caso FINSA-Forestal del Tambre, que luego analizaremos en relación con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, conviene ya señalar como el TEAC apreció la existencia de fraude de ley en un caso en el cual una sociedad, ante la entrada de un nuevo socio, reduce antes su capital con devolución de aportaciones a las anteriores accionistas, para, a continuación, ampliar su capital y dar entrada al nuevo socio. Los accionistas preexistentes trataban de aprovechar el tratamiento más beneficioso de la reducción de capital. En esta Resolución, el TEAC, primero, ante la exigencia de un procedimiento especial y la falta de desarrollo del artículo 24 de la LGT 1963, aceptó la aplicación del artículo 24 completado con la Ley de Procedimiento Administrativo Común. En cuando al fondo, el TEAC encuentra carente de sentido una reducción de capital, seguida de un aumento de ese mismo capital, aunque con otras cifras, dado que la finalidad de una reducción de capital es devolver a los socios un exceso de tesorería de la sociedad, cuando en este caso, el aumento subsiguiente pondría de manifiesto que la sociedad conservaba esencialmente los mismo recursos. En suma, dice el TEAC, se estaba utilizando el artículo 15.dos de la LIS de 1978 para eludir la aplicación del 15.uno, siendo aquella la norma de cobertura, al regular la reducción de capital, y ésta la norma defraudada, obteniéndose un resultado contrario al ordenamiento, al impedirse la tributación de una renta realmente obtenida por los socios. El TEAC, como hizo la Inspección, insiste en la importancia del hecho de estar repartiéndose plusvalías tácitas de la sociedad y no reservas de la misma, sin que cupiera hablar de una economía de opción pues en ésta se quiere <<*[e]l resultado propio y típico de la operación que se realiza y no otro, si bien el cauce elegido lo ha sido por su menor gravamen (lo que es lícito)*>>(R TEAC 20-7-2001; FD 7º).

Más importante aún es la segunda de las resoluciones de la citada fecha, 20 de julio de 2001, pues supone un hito en la doctrina del TEAC y un cambio de perspectiva en la aplicación de las normas antielusión. Esta Resolución de 20 de julio de 2001 (RG 7451/98) se inscribe como otras de la misma fecha en el marco del primer caso que consideraremos luego en la segunda etapa de la

jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo, el llamado caso “Chocolates Hueso” y va a verse seguida de inmediato, ese mismo año, por otras de parecido tenor, fechadas el 14 de septiembre (RG 3896/98), el 25 de septiembre (RG 7284/98), el 26 de octubre (RG 8114/98) y el 16 de noviembre de 2001 (RG 4765/99).

La Resolución citada de 20 de julio de 2001 supone un primer pronunciamiento del TEAC ante un complejo negocial que responde a un tipo de caso que va a tener una presencia abundante en la doctrina del TEAC y en la jurisprudencia española en los próximos años, aunque se trate normalmente de operaciones realizadas entre finales de los ochenta y principios de los años noventa, sólo comprensibles a la luz de la normativa del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades entonces en vigor. En efecto, van a ser numerosos los casos en los cuales se dé este aprovechamiento de los recovecos de la normativa sobre transparencia fiscal y enajenación de derechos de suscripción, para evitar la tributación de una plusvalía en la enajenación de un negocio o sociedad. Básicamente, asistiremos a transmisiones intermedias que de una forma u otra tratan de reubicar la plusvalía, para evitar la tributación que se produciría si simplemente una entidad o sus accionistas iniciales vendiesen a un tercero el activo o la participación correspondiente.

Hasta esta Resolución del TEAC, la propia Administración había actuado llena de dudas y puede servir de buen ejemplo este caso. La Inspección de los Tributos había entendido que las operaciones descritas constituían un conjunto de negocios simulados para ocultar la simple venta de unas acciones por los accionistas iniciales de una entidad a un tercero. Sin embargo, el TEAR anuló la liquidación entendiendo que no había existido simulación, sin perjuicio de que pudiera iniciarse un expediente de fraude de ley. El Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria recurrió en alzada y el TEAC estima el recurso y confirma la apreciación de la simulación.

Esta duda o divergencia entre ambos Tribunales Económico-Administrativos pone bien de relieve el aspecto clave en la evolución de la cuestión que estamos analizando. Nos hallamos ante un complejo negocial entre partes vinculadas, de una u otra manera. Las transacciones son aparentemente queridas sin que sea fácil apreciar en ellas esa típica forma de simulación o divergencia entre la voluntad manifestada y la realmente querida por las partes. Estas quieren en ese momento y en cierto sentido la realización de esas transacciones, algunas de ellas además operaciones societarias revestidas de un predominante carácter formal. Ante esta situación, el TEAR recoge la postura más tradicional de la propia Administración tributaria, renuente a apreciar aquí la existencia de simulación. El TEAC, también conforme a esa tradición, hubiera empleado la cláusula antielusión de último recurso en la que había convertido la figura del negocio indirecto. En esta Resolución, sin embargo, el TEAC opta por la simulación.

El TEAC se funda en la redacción del artículo 25 de la LGT 1963, tras la reforma de 1995, posterior a los hechos, se basa en realidad en la teoría general de la simulación, alude a la prueba de la simulación por presunciones y trata finalmente de justificar que de los propios hechos descritos se desprende o se presume el carácter simulado de ese complejo negocial. No obstante, el TEAC apunta también al final, dos aspectos principales de la que va a ser su tesis desde entonces. Primero, dice el TEAC que *<<[a] la vista de los hechos que han sido expuestos [...], este Tribunal considera probado que se efectuaron un conjunto de negocios que carecían de causa, cuya única finalidad era evitar el gravamen de las elevadas plusvalías que se pusieron de manifiesto por la venta de las acciones de X a la multinacional...>>. <<En consecuencia, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 de la LGT, deberá someterse –añade el TEAC- a gravamen el verdadero negocio realizado por las partes...>>* (R TEAC 20-7-2001; FD 5º).

A continuación, el TEAC rechaza que nos podamos encontrar ante un supuesto de economía de opción, *<<[y]a que la opción sólo puede darse cuando la Ley explícitamente ofrece a un hecho imponible dos fórmulas jurídicas igualmente válidas, pero con consecuencias tributarias distintas, no existiendo tal facultad de elegir cuando el sujeto pasivo toma un camino que implica abuso de las formas jurídicas o vulneración del espíritu de las norma>>* (FD 6º).

Como vemos, el TEAC en estos dos breves fundamentos de derecho puso las bases para revolucionar la práctica española en la aplicación de las normas antielusión. Ante un complejo negocial de este tipo, se descarta la economía de opción, que aprovecha los huecos de la legislación fiscal, y se prescinde del fraude de ley. Tampoco se sitúa la reacción en el terreno de una especie de cláusula antielusión última, como sería el negocio indirecto, sino que se recurre de forma clara a la simulación. Y ésta se basa en la ausencia de causa en los negocios más allá de la *causa simulationis* consistente en la elusión fiscal. Como veremos, el Tribunal Supremo cuando aborde el caso años, demasiados años, más tarde, en 2008, a partir de la Sentencia de 18 de marzo de 2008 (recurso de casación núm. 35/2004), irá todavía más lejos y convertirá este caso en un punto de inflexión en la jurisprudencia tributaria que estamos analizando.

Este mismo enfoque se halla en la Resolución ya citada de 25 de septiembre de 2001, seguida por las de 16 de noviembre del mismo año, también citada, y la de 10 de mayo ya de 2002 (núm. 00/04778/1999). En todas ellas, el TEAC aprecia la simulación en otra elusión clásica como era la venta a precio aplazado, a favor de una entidad vinculada, como paso previo a la venta al contado a un tercero, realizándose la plusvalía en la primera transacción. Sería en este caso simulada la primera venta, cuya causa se ceñiría al propósito de aprovechar las ventajas fiscales vinculadas al aplazamiento del precio,

existiendo una única venta al contado. Luego volveremos también sobre este caso.

En 2002, el TEAC culmina esta doctrina con dos resoluciones. La primera Resolución es la de 5 de junio de 2002 (núm. 00/03368/2000), la cual años después dará lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2010 (caso Inmobiliaria de la Universidad de Navarra). En esta resolución, siendo el IVA el tributo eludido, dos entidades constituyen sendos derechos de superficie para la construcción de dos edificios, obligándose el superficiario a arrendar los inmuebles construidos al dueño del terreno. La Inspección entendió que en realidad hubo dos contratos de arrendamiento venta, de los inmuebles construidos, equivalentes a una entrega de bienes en el IVA y no dos derechos de superficie seguidos de dos simples arrendamientos. El TEAR apreció ya la existencia de simulación, ordenando practicar una nueva liquidación con este criterio, sin perjuicio de la interdicción de la “*reformatio in peius*”. El TEAC confirma la existencia de simulación, como hará, y luego lo veremos, el Tribunal Supremo. El motivo fiscal se hallaría en el deseo de obtener el reembolso del IVA soportado en la construcción de los edificios. Dedicadas a la enseñanza las entidades dueñas de los terrenos, no tenían derecho a la deducción y recuperación de ese impuesto. En consecuencia, habrían constituido esos derechos de superficie para que una entidad construyera los inmuebles y se los arrendara, con unas rentas muy bajas, pudiendo esta entidad solicitar, como así hizo, la devolución del IVA soportado en la construcción del inmueble. El TEAC confirma, pues, el rechazo de esta devolución.

La segunda resolución destacable del año 2002 es la de 5 de julio (núm. 00/04164/1999). Nos hallamos de nuevo ante la planificación de la venta de una empresa como venta de acciones de una sociedad. En síntesis, nos hallamos ante un grupo de empresas que incluye la sociedad Y, operativa, la sociedad X, titular de las marcas del grupo Y, y la sociedad Z propietaria de los inmuebles, tributando esta última sociedad en transparencia fiscal. Ante la venta del grupo, sin los inmuebles, a un tercero, la sociedad X amplía su capital y sus socios, las personas físicas propietarias de todo el grupo, enajenan los derechos de suscripción a Y, pasando pues ésta a ser propietaria del 91 por 100 de X. Luego, las personas físicas venden Y a ese tercero, que compra el negocio y la totalidad del grupo de empresas, salvo la sociedad Z, pagando entonces la entidad Y el precio de los derechos de suscripción. Ocurrendo los hechos entre 1988 y 1989, de nuevo nos hallamos ante el aprovechamiento del régimen de derechos de suscripción, que el TEAR considera lícita y que, ante la alzada del Director del Departamento de Inspección, el TEAC califica de simulación. Para el TEAC, *<<[l]a real operación querida por las partes y finalmente materializada, si bien de forma indirecta..., no ha sido otra que la transmisión de X a la empresa extranjera evitando el coste fiscal que, para los vendedores,...hubiere supuesto la forma correcta de efectuar tal transmisión,*

es decir, la venta directa de las acciones por sus propietarios...>> (R TEAC 5-7-2002; FD 4º). Y el TEAC añade en el siguiente fundamento de derecho sexto, parecidas consideraciones a las que ya había hecho en sus Resoluciones de 20 de julio y 26 de octubre de 2001, acerca de la existencia de opción sólo cuando la norma ofrece dos fórmulas jurídicas igualmente válidas, con consecuencias tributarias distintas, no existiendo cuando el contribuyente incurre en abuso de las formas jurídicas o vulneración del espíritu de las normas⁸⁰.

Tras estas Resoluciones, el TEAC ha venido manteniendo esta postura en algunas otras posteriores. Así, en la de 13 de septiembre de 2002 (núm. 00/05773/1999), vuelve a reiterarse la calificación de simuladas para las operaciones de enajenación de derechos de suscripción mediante las cuales se enajena en realidad una empresa. Apreciación de simulación que se reitera en la Resolución de 7 de marzo de 2003 (núm. 00/02509/2000). Finalmente, otra

⁸⁰ Con anterioridad, el TEAC había dictado ya dos resoluciones relevantes sobre el tratamiento de los derechos de suscripción. Una primera fue la Resolución de 26 de abril de 2000 (RG 8357/96), la cual es un buen ejemplo de la utilización del negocio indirecto, que sería distinto del fraude de ley y de la simulación, para dejar sin efectos fiscales complejos negociales, consistentes en aquel caso en el aprovechamiento combinado del régimen fiscal de la venta de derechos de suscripción, hasta el Real Decreto-ley 1/1989, de 22 de marzo, y del llamado coste de titularidad en la transparencia fiscal. Respecto de la consideración como negocio indirecto de la enajenación de derechos de suscripción, podemos citar también la Resolución de 20 de octubre de 2000 (RG 534/1997).

Parecido es el enfoque de la Resolución de 21 de julio de 2000 (RG 627-97). Sin embargo, en este caso, fueron dos los complejos negociales paralelos. Por una parte, una compañía aumenta capital sin que aparentemente hubiera una enajenación de los derechos de suscripción, aunque las nuevas acciones son suscritas por nuevos socios; por otra, los nuevos socios aportan determinados fondos a otra entidad de los propietarios originarios de la primera, en forma de una prima de emisión, coincidiendo el valor de ésta y el de los derechos de suscripción de aquella ampliación. Lo peculiar de esta Resolución son los dos caminos que la misma considera posibles. Realizadas las operaciones después del Real Decreto-Ley 1/1989, el TEAC acepta el enfoque de la Inspección, considerando probada por una presunción razonable la enajenación de unos derechos de suscripción, dada esa coincidencia entre el valor de los derechos y el importe de la prima de emisión desembolsada por los adquirentes de aquellos en beneficio de quienes renunciaban a ejercerlos. Al mismo tiempo, el TEAC, para la hipótesis de que la anterior aproximación fuera rechazada, plantea de nuevo la alternativa del negocio indirecto. Enlazando con una Resolución anterior, ya comentada, de 29 de marzo de 1995, el TEAC concibe este complejo negocial como una mera pantalla jurídica y, sobre la base del artículo 25.3 de la LGT, en su redacción siempre anterior a la reforma de 1995, da entrada a esa figura del negocio indirecto, el cual no exige, según la Resolución, que los negocios sean una pura ficción de las partes, *<<[y]a que ello significaría identificar negocios indirectos con negocios simulados, identificación inaceptable desde un punto de vista doctrinal, ya que en el negocio indirecto nada se finge ni se oculta y lo que existe es un motivo que intencionalmente supera el fin propio del negocio, sin que exista desproporción entre este como medio y aquel como fin>>*. Al comentar la Resolución de 29 de marzo de 1995, ya decíamos que el TEAC utilizaba el negocio indirecto como un socorrido manto, más manejable y flexible que la simulación, de la que el TEAC presumía inconvenientes técnicos y una mayor dificultad probatoria. Sin embargo, en este caso, con mayor claridad, nos hallaríamos ante una simulación relativa, que, frente a lo que dice el TEAC, no exige desde luego que los negocios realizados sean puramente ficticios bastando que sean una pantalla que oculte los verdaderamente queridos.

Resolución de 18 de marzo de 2003 reitera esta misma doctrina en el caso de nuevo de venta de una sociedad a una multinacional a través de estas operaciones y de la utilización de sociedades instrumentales.

Por otra parte, el TEAC dictó más tarde tres resoluciones relevantes en expedientes de declaración de fraude de ley. Una primera es de 10 de octubre de 2003 (núm. 00/3308/2000). En 1994, una entidad adquiere al acudir a una ampliación de capital determinadas acciones que, a continuación, aporta a otra sociedad, por un valor sensiblemente inferior al coste de adquisición anterior, pretendiendo la primera sociedad acreditar esta pérdida en su impuesto sobre sociedades. La entidad, en definitiva, trataba de aprovechar, como en otros casos, que la normativa entonces aplicable previera que en esa aportación no dineraria el valor de transmisión sería el mayor de cuatro posibles, lo que no impedía que el mayor fuera el nominal de la aportación, al ser los otros el de cotización, el de los expertos independientes que informaron la aportación y el procedente según las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio. De nuevo, la norma eludida sería el artículo 15.uno de la LIS de 1978 y la norma de cobertura el artículo 15.siete.1.c), precepto este último que establecía esas reglas de valoración en las aportaciones no dinerarias.

La segunda de estas resoluciones sería la de 19 de diciembre de 2003 (núm. 00/5138/2002). En síntesis, podemos resumir los antecedentes del caso, diciendo que, tratándose de una sociedad con dos personas físicas como accionistas y habiendo obtenido aquella unos importantes rendimientos, las personas físicas instrumentan una venta de sus acciones a dos sociedades controladas por ellos, siendo estas sociedades las que reciben las reservas de la primera. De esta manera, los socios obtuvieron un incremento de patrimonio no sujeto al IRPF por aplicación de las reducciones por antigüedad y fueron las sociedades las que recibieron los beneficios distribuidos por la primera, sin tributar por aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos entre sociedades. Los socios recibieron estos fondos como pago del precio, inicialmente aplazado, derivado de la venta de las acciones. En todo caso, los socios mantuvieron el control de la primera sociedad. El TEAC entiende que hubo un fraude de ley, como lo había entendido la Inspección de los Tributos, siendo la norma de cobertura la disposición transitoria octava de la Ley del IRPF de 1991 (Ley 18/1991, de 6 de junio) y la norma eludida la rectora de la tributación de los rendimientos del capital mobiliario en dicho impuesto. Años más tarde, como veremos, el Tribunal Supremo calificará operaciones similares como fruto de una simulación.

Una última Resolución del TEAC es la fechada el 30 de abril de 2004 (núm. 00/3316/2002). El TEAC entiende que existe fraude de ley, tal vez porque ese fue el enfoque de la Administración, en una serie de operaciones realizadas en el seno de un grupo familiar para eludir la tributación de un incremento de patrimonio, aprovechando el régimen de transparencia fiscal, el de las

Sociedades de Inversión Mobiliaria y la adquisición de sociedades con pérdidas.

Estos casos pusieron de manifiesto en su día el uso ya frecuente de la vieja figura del fraude de ley por la Administración tributaria, tras la reforma de 1995 en la redacción del artículo 24 de la LGT 1963. Además, si bien el TEAC mantuvo siempre la búsqueda de la norma de cobertura y la norma defraudada o eludida, los razonamientos del TEAC eran ya más genéricos y más próximos a la construcción de la cláusula actual del artículo 15 de la LGT. Finalmente, todas estas resoluciones desde el primer momento pusieron de manifiesto las dificultades con que se tropezaría luego para establecer una delimitación suficientemente precisa de los ámbitos de aplicación de las diferentes normas antielusión recogidas en la Ley General Tributaria. Una delimitación realmente delicada cuando de ella dependen consecuencias de especial trascendencia en el ámbito penal y sancionador, singularmente a la hora de distinguir entre simulación y fraude de ley.

3.2 El desbordamiento penal de la aplicación de la simulación

Como ya hemos expuesto, la jurisprudencia y la doctrina administrativa españolas recurrieron pronto a la simulación, configurando ésta de un modo amplio, no basada exclusivamente en la pura ocultación o divergencia entre la voluntad declarada y lo realmente querido por las partes, sino acudiendo a la noción de negocio sin causa o con una causa ilícita para situar la simulación también en aquellos negocios sin sustancia o sin efectos patrimoniales o económicos efectivos. Serían así simulados aquellos negocios sin tales efectos o motivos y con el único propósito de obtener los beneficios o ventajas fiscales derivadas de la propia apariencia creada por las partes. Unas partes en el negocio que normalmente no ofrecen una verdadera separación de voluntades sino la unidad de decisión propia de los grupos empresariales o familiares.

Pues bien, la jurisprudencia penal, surgida en torno al delito de defraudación tributaria, tuvo una influencia decisiva en este enfoque como consecuencia de unas determinadas sentencias de los años 2002 y 2003. Son en concreto tres las sentencias del Tribunal Supremo fundamentales: Sentencias de 15 de julio de 2002 (llamado caso Kepro; núm. 1336/2002; ponente Excmo. Sr. Don Perfecto Andrés Ibáñez), de 30 de abril de 2003 (539/2003; ponente Excmo. Sr. Don José Jiménez Villarejo) y de 28 de noviembre de 2003 (751/2003; ponente Excmo. Sr. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón).

La doctrina de estas sentencias alcanza su máxima expresión y sus consecuencias más significativas en la última, fechada el 28 de noviembre de 2003, aunque haya sido luego la primera la más citada. El caso de esta Sentencia, como los propios de las otras dos, procedía de la Audiencia de Barcelona. En este caso concreto, la operación económica última era, según

los hechos probados, la venta de un terreno en Sitges con una importante plusvalía. Los acusados eran los miembros de una familia, los padres y los hijos, siendo el padre propietario inicial de aquel terreno. En síntesis, los acusados adquirieron una sociedad instrumental y aparecieron como propietarios de las acciones representativas de su capital, junto a personas ajenas a la familia y con un papel auxiliar en las operaciones, quienes recibieron pequeñas participaciones en la sociedad. Dicha sociedad compró del padre el terreno citado a un valor sensiblemente inferior al valor de mercado, en 1989, satisfaciendo la sociedad ese precio mediante un préstamo recibido del mismo vendedor. A continuación, la sociedad amplió su capital y los acusados, socios de la sociedad, vendieron sus derechos de suscripción preferente a una segunda sociedad propiedad de algunos de los miembros de la familia y de uno de los colaboradores quien actuaba como fiduciario. A través de esa ampliación de capital, la segunda sociedad adquirió el control de la primera, adeudando a los acusados el precio de los derechos de suscripción.

En 1991, la primera de las sociedades transmitió el terreno con una importante plusvalía. A continuación, esta sociedad modificó su ejercicio social y redujo su capital, de modo que la segunda sociedad vio amortizadas sus acciones. Esta segunda sociedad, por su parte, satisfizo las deudas que tenía por el precio aplazado de la compra de los derechos de suscripción y acordó su disolución.

En palabras del Tribunal Supremo, los acusados se aprovecharon, con este plan defraudador, de que la simulada venta de los derechos de suscripción preferente tuvo lugar con anterioridad a la vigencia del Real Decreto-Ley 1/1989, de 22 de marzo, conforme al cual el importe obtenido en la enajenación de esos derechos minoraba el coste de adquisición de las acciones y la tributación de la plusvalía se demoraba hasta el momento de la transmisión de las acciones, lo cual, en casos como éste, no llegaba a suceder. Por otro lado, los acusados aprovecharon las características del régimen de transparencia fiscal que permitieron eludir toda tributación, pues siendo la primera de las sociedades transparente, las operaciones societarias realizadas permitieron compensar la plusvalía realizada en la primera con la suma del coste de adquisición y de titularidad de la segunda.

En suma, el Alto Tribunal entiende que no sólo se defraudó el IRPF sino asimismo el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por la transmisión del padre a la esposa e hijos del resultado económico obtenido. La Sala considera simuladas todas las operaciones realizadas en ese llamado plan defraudador y atiende en realidad únicamente a quiénes percibieron en última instancia los fondos resultantes de la transmisión del terreno.

Desde el punto de vista que nos interesa, el de las cláusulas antielusión, la Sala, al contestar a varios de los recursos de casación de las defensas, hace tres pronunciamientos de especial interés:

a) El primero de estos pronunciamientos se refiere derechamente al tema de la simulación, pronunciamiento que en realidad la sentencia distribuye entre varios de sus Fundamentos de Derecho. Sin embargo, en el más completo de estos Fundamentos Jurídicos la Sala es rotunda al afirmar la existencia de simulación:

El relato descarnado de las operaciones realizadas, su concatenación temporal, la inmediatez con la que se produce (sic) a la ampliación de capital, manifiestamente carente de causa pues no se incorpora capital alguno a la sociedad Nizina SA, son indicios relevantes del carácter simulado de las operaciones. La adquisición por Ciprem SA de unos derechos de suscripción preferente de acciones por un precio más de treinta veces superior a su valor nominal, procedentes de una sociedad sin actividad y con ún único activo recién adquirido por un valor sesenta veces inferior al precio pagado por los referidos derechos, pone claramente de manifiesto que la verdadera causa de la ampliación y de la venta de los derechos de suscripción no es la manifestada sino el encubrimiento de una operación de venta de terrenos que se pretende disimular como venta de derechos de suscripción.

Es evidente que el conjunto de negocios jurídicos que determinan la utilización de las sociedades, la ampliación de capital, la venta de los derechos de suscripción, la posterior reducción de capital, la pignoración de las acciones, etc, demuestra que simplemente se falsea la realidad simulando una actuación societaria artificiosa e inventada para eludir los deberes fiscales sujetando la actuación simulada a una normativa que no le era aplicable ni por su espíritu ni por su letra.

Cualquier criterio valorativo que se utilice para examinar el montaje nos lleva necesariamente a la misma conclusión.

(STS 28-11-2003; FD 45º)

b) A continuación, en este mismo Fundamento, como en algunos anteriores, la Sala se pronuncia también acerca de la distinción entre la simulación y la economía de opción o el fraude de ley.

En cuando a la economía de opción, la Sala basa esa economía de opción en la existencia de un propósito comercial plausible, distinto de la mera ventaja fiscal, aludiendo explícitamente a la doctrina norteamericana del “*business purpose test*” y entendiendo que “<<[n]o nos encontramos ante un supuesto de economía de opción, pues las operaciones societarias realizadas no están motivadas por ningún propósito comercial

plausible distinto de la mera ventaja fiscal, no respondiendo en consecuencia a una opción por una fórmula negocial alternativa lícita sino a un disfraz de la realidad>>.

c) Finalmente, la Sala hace una afirmación especialmente controvertida en relación con el significado penal del fraude de ley. Ya la Audiencia de Barcelona, en su Sentencia de 18 de marzo de 1999, había sostenido la tesis de la compatibilidad entre la apreciación de un fraude de ley tributario, con su impunidad en el Derecho tributario sancionador, y la calificación de los hechos como delito contra la Hacienda Pública, punible a pesar de otra posible consideración. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de julio de 2002, al estudiar los recursos de casación contra esa Sentencia, soslayó esta cuestión centrándose en la existencia de simulación y no de un fraude de ley. En esta otra Sentencia el Tribunal Supremo, sin ser absolutamente rotundo, llega desde luego más lejos, al afirmar lo siguiente:

El art. 24 2 de la LGT dispone que los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de Ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos.

En consecuencia, si la aplicación de la norma tributaria eludida permite constatar una elusión fraudulenta superior a la cuota típica, concurren ordinariamente los requisitos legales que determinan la aplicación del art.305 del Código Penal.

A la aplicación de esta norma penal no se opone que el citado art.24 disponga en su apartado tercero que en las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de Ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones, pues el art. 305 del Código Penal no sanciona en estos casos la utilización del procedimiento encubridor de la elusión impositiva, sino la elusión en si misma. Y como ya se ha expresado carece de sentido punitivo que la mera omisión de declarar implique elusión típica, y no lo suponga la elusión deliberadamente encubierta mediante un comportamiento fraudulento.

Cuestión diferente es que pueda alegarse error de prohibición, en aquellos casos en que concurren los presupuestos de esta figura, pero desde luego el fraude de Ley no impide la aplicación de las normas eludidas, incluidas las que sancionan penalmente la elusión fiscal en determinados supuestos.

En cualquier caso, en el supuesto actual y como ya se ha señalado, se aprecia simulación y no fraude de Ley.

(STS 28-11-2003; FD 24º)

En suma, en esta Sentencia, la Sala, en la línea de las dos anteriores, concibe un conjunto de operaciones o complejo negocial, claramente dirigido a obtener una ventaja fiscal, como una trama o plan fraudulento. Y no duda, al hacerlo, en encajar jurídicamente ese plan en la figura de la simulación. La Sala insiste en la ausencia de razón económica o propósito negocial válidos que justifiquen esas operaciones encadenadas, como insiste igualmente en la ausencia de cualquier actividad económica en las sociedades instrumentales utilizadas. La Sala, finalmente, busca la realidad económica última, fijándose para hallarla en el flujo económico o financiero y en quiénes son los beneficiarios del mismo. Al hilo de todo ello, incidental pero significativamente, la Sala hace esa afirmación acerca de la compatibilidad de las categorías de fraude de ley y delito de defraudación tributaria, si bien no necesitaba, ni necesita, esa construcción para sostener un fallo basado en la existencia de simulación, como ocurriera ya en la Sentencia de 15 de julio de 2002.

Como decíamos, esta Sentencia, y la doctrina que representa, merecen sin embargo algunas observaciones críticas, sin ánimo de profundizar en la cuestión en estas líneas:

- a) Con carácter general, esta doctrina jurisprudencial, que responde a un propósito evidente de resaltar la importancia de la persecución penal de los delitos económicos, merece un análisis desde la doble perspectiva de la técnica que sigue para apreciar la existencia de simulación y desde la del principio de legalidad penal.
- b) En cuanto a lo primero, la Sala Segunda de nuestro Alto Tribunal actúa en cierto modo intuitivamente en el terreno de la simulación, basándose exclusivamente en la, hasta cierto punto, evidente artificiosidad de las operaciones y, especialmente, en la ausencia de razones económicas para su realización, razones distintas de la mera obtención de una ventaja fiscal. De esta manera, la Sala se aproxima al actual terreno del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, lo que resulta aún más evidente tras las afirmaciones de la Sala acerca del fraude de ley. La cuestión pues es si esta técnica es correcta y, especialmente, determinar no tanto si ha resultado o no acertada en estos casos sino si, en abstracto, es una técnica adecuada para conducir la apreciación de la existencia de un negocio simulado.
- c) Por supuesto, esto último adquiere toda su importancia cuando se pone en conexión con el carácter penal de los pronunciamientos

estudiados, lo cual nos lleva a la segunda de las cuestiones, es decir, la compatibilidad de esta técnica con el principio de legalidad penal. Obviamente, no estamos contemplando este principio desde la perspectiva de la existencia de una ley formal, con naturaleza de ley orgánica, que tipifique el ilícito. Nos estamos refiriendo a este principio en cuanto exigencia de una *lex certa*, que permita a cualquiera conocer adecuadamente de antemano el carácter ilícito de una conducta y que excluya la incertidumbre acerca de lo lícito y lo ilícito, penalmente, más allá del ámbito del error individual. La doctrina del Tribunal Supremo solo aborda superficialmente esta cuestión, tal vez desconociendo la realidad social de la gestión tributaria.

El principio de legalidad, a estos efectos, ofrece un perfil peculiar tratándose de un delito con un tipo en blanco por remisión a normas tributarias extrapenales, de tal manera que esa técnica de remisión no puede llegar hasta desdibujar la certeza del tipo. Al sostener una concepción amplia de la simulación, la doctrina penal del Tribunal Supremo deberá evitar que discusiones puramente tributarias trasciendan al terreno penal, para ser tratadas aquí desde la única perspectiva del beneficio fiscal perseguido, cuando no ya un tribunal contencioso-administrativo sino la propia Administración tributaria pudieran haber dado pie a una imprecisión en la delimitación de las opciones a disposición del contribuyente. Dicho con otras palabras, la incertidumbre ya mostrada, acerca de la utilización de las normas antielusión, que permite a distintos tribunales pronunciamientos muy diferentes acerca de los límites entre lo lícito y lo ilícito, no permite una buena solución penal, desde la perspectiva de este principio de legalidad, como garantía de la certeza de los tipos penales.

En este mismo sentido, se ha pronunciado repetidas veces el Tribunal Constitucional (Sentencias 174/2000, de 26 de junio de 2000; 13/2003, de 28 de enero de 2003, entre otras muchas). Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha vuelto sobre esta cuestión en su Sentencia 24/2004, de 24 de febrero de 2004. El Tribunal Constitucional, en relación con los tipos penales en blanco, referidos a normas extrapenales, afirma que el principio de legalidad penal incorpora no sólo una garantía formal, como exigencia de una norma con rango de ley, en su caso orgánica, que defina el tipo, sino que ese principio comprende una serie de garantías materiales, exigiendo del legislador una predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, con una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción de la descripción que incorpora. Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución española.

d) Finalmente, no parece fácilmente asumible la afirmación del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de noviembre de 2003, acerca del fraude de ley, que la propia Sentencia trata de ilícito atípico. Esta atipicidad no permite, a nuestro juicio, un reproche penal compatible con el principio de legalidad.

3.3 Primera etapa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2000-2007)

3.3.1 El caso de los seguros de vida a prima única

Como ya hemos anticipado, la historia moderna de la aplicación en España de las normas antielusión comenzó a mediados de los años ochenta del pasado siglo, cuando por diferentes circunstancias, la Administración tributaria ha de enfrentarse a supuestos más variados, más complejos y más generalizados de elusión fiscal. Entre estos casos, el que tuvo una evolución más rápida y daría lugar antes a decisivas sentencias del Tribunal Supremo es el caso llamado de los seguros de vida a prima única.

Algunas compañías de seguros, en los años ochenta del siglo pasado, promovieron la comercialización de seguros de vida a prima única, ofrecidos normalmente a través de redes bancarias y como alternativa a otros productos financieros. Las compañías aseguradoras trataban así de aprovechar el régimen fiscal más favorable del seguro de vida en el IRPF. Ese régimen fiscal suponía básicamente la calificación de las rentas obtenidas como incrementos de patrimonio con ausencia de retención a cuenta. Por añadidura, esta ausencia de retención suponía una cierta opacidad fiscal de estos productos, frente a las operaciones bancarias, cuando acaba de aprobarse la Ley 14/1985, de 29 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros.

Como ya hemos señalado⁸¹, el TEAC se enfrentó a estas operaciones en resoluciones tales como las de 2 de noviembre de 1989, 26 de junio de 1991 y 9 de marzo de 1994, sobre el tratamiento fiscal de seguros a prima única o combinaciones de seguros. A raíz de estas resoluciones, van a llegar los primeros pronunciamientos judiciales decisivos sobre la aplicación de las normas generales antielusión en el Derecho tributario español.

En particular, en 1997, la Audiencia Nacional dicta dos importantes sentencias sobre este caso, las de 3 de octubre de 1997⁸² (recurso núm. 128/1994), referida a la combinación de seguros que el TEAC, en la ya mencionada Resolución de 9 de marzo de 1994, consideró una operación financiera, y de 7 de noviembre de 1997 (recurso núm. 1466/1991), refiriéndose esta sentencia a

⁸¹ Ver sección 3.1.2 anterior.

⁸² Ponente Ilma. Sra. Doña María Asunción Salvo Tambo que también será ponente de la sentencia de 7 de noviembre de 1997.

la Resolución del TEAC de 26 de junio de 1991, que confirma, salvo en el extremo relativo a la apreciación de una infracción tributaria en la conducta de la entidad. El Tribunal Supremo, por Sentencia de 2 de noviembre de 2002⁸³ (recurso de casación núm. 971/1997), confirmó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 1997.

En esta última sentencia, la postura de la Audiencia Nacional puede resumirse del siguiente modo:

a) La Audiencia Nacional no va a apoyarse en la doctrina del negocio indirecto, como normalmente venía haciendo el TEAC, sino que, siguiendo más bien los pasos de la Resolución del TEAC de 26 de junio de 1991, va a seguir el método jurídico tradicional de apreciar la existencia y licitud de la causa en el negocio, si bien va a hacerlo moviéndose en un terreno lleno de imprecisiones entre la simulación y el principio de calificación.

b) Eso sí, la Sala de la Audiencia rechaza expresamente cualquier pretendida autonomía calificadora del ordenamiento tributario, cuando con esa autonomía se pretenda amparar la de la Administración tributaria en sede de aplicación de las normas fiscales. Para la Sala, *<<[l]a naturaleza de los negocios ha de tener perfiles unitarios, por más que su concreta indagación presente en muchos casos no pocas dificultades....Esta parece ser también la idea que ha guiado al legislador que al modificar la Ley General Tributaria por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de Modificación Parcial de la Ley General Tributaria, ha suprimido en el artículo 25 toda referencia a la naturaleza económica como algo distinto de la naturaleza jurídica atendiendo sin embargo a la posible existencia de negocios jurídicos anómalos y, en concreto, a la simulación, pero la teoría de la simulación está justamente en función de la búsqueda de la verdadera naturaleza jurídica, lo que conceptualmente se encuentra en el extremo opuesto de admitir una naturaleza económica distinta de la jurídica>>* (SAN 7-11-1997; FD 6º). En consecuencia, para la Sala, *<<[s]i la ley fiscal no altera la Ley sustantiva, el régimen de tributación ha de partir, ineludiblemente, de los negocios jurídicos e instituciones propios del Derecho sustantivo tal y como estén en él configurados>>*.

c) La Sala hace algunas afirmaciones de interés cuando, en aquél caso, destaca la intrascendencia tanto de la búsqueda evidente de un tratamiento fiscal ventajoso como de la posterior prohibición de estas operaciones de seguro, por obra del Real Decreto Ley 5/1989, de 7 de junio. Es decir, para la Sala, lo decisivo es únicamente el análisis de la verdadera naturaleza jurídica de las operaciones realizadas, sin que el

⁸³ Ponente Excmo. Sr. Don José Mateo Díaz

resultado de ese análisis pueda quedar prejuzgado por los fines o motivos de la partes o por decisiones posteriores del legislador.

d) A partir de aquí, sin embargo, la Sentencia pierde tal vez precisión cuando trata ya de encontrar una solución adecuada al caso o, si se prefiere, cuando trata de justificar su confirmación de la resolución administrativa y su consideración de las operaciones realizadas como operaciones financieras cuyos rendimientos debían ser tratados como rendimientos del capital mobiliario y no como rentas procedentes de contratos de seguro sobre la vida.

e) Si bien, inicialmente, la Sala parece enfocar la cuestión desde la perspectiva de la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de las operaciones, y por lo tanto como una cuestión de calificación, luego, sin embargo, opta por solucionar la cuestión desde el ángulo de la simulación, para decir que los negocios no son simulados si bien carecen de la causa propia de un contrato de seguro. En cuanto a la ausencia de simulación, para la Sala no la hay por cuanto las partes realmente quisieron celebrar los contratos de seguro que formalizaron y no otros contratos distintos, precisamente porque de la celebración de verdaderos contratos de seguro dependía la obtención del régimen fiscal perseguido. No cabe por lo tanto atribuir al seguro la condición de negocio aparente y al de préstamo mutuo o depósito irregular, la de negocio disimulado. La ausencia de causa, dice la Sala, no autoriza a considerar al negocio como simulado, aunque ciertamente las operaciones carecían de la necesaria base técnica actuarial, faltando en consecuencia el riesgo y la necesaria causa típica de un contrato de seguro sobre la vida.

f) Para la Sala, los contratos serían nulos de pleno derecho, por esta ausencia de causa típica que suponía además una infracción de las normas imperativas reguladoras de las operaciones de las compañías de seguros. Sin embargo, esa nulidad no acarrea la ineficacia de estos contratos, que se llevaron a efecto y produjeron unas determinadas consecuencias económicas entre las partes, por lo que la Sentencia acude a la figura de la conversión del negocio jurídico, diciendo que nos hallaríamos ante unos negocios patrimoniales que producen unos rendimientos que, a efectos fiscales, serían del capital mobiliario. Para la Sala, *<<[l]a verdadera naturaleza –al reunir todos los elementos esenciales inherentes al negocio jurídico en cuestión- es la de un depósito irregular retribuido, en el que el asegurado tendría la condición de depositante, siendo la aseguradora depositaria, o, con mayor propiedad, la de préstamo mutuo o simple préstamo...>>* (FD 8º).

g) Finalmente, la Sala excluye la procedencia de sanciones, a pesar de haber predicado la nulidad de pleno derecho de los contratos, por

ausencia de la necesaria culpabilidad que ha de integrar la infracción tributaria. Según la Sala, hubo “impericia en la práctica contractual”, pero las partes ciertamente quisieron celebrar un contrato de seguro, siendo de una enorme dificultad “la calificación de la verdadera naturaleza jurídica de los negocios jurídicos del caso”, por lo que cabría hablar de una dificultad interpretativa, avalada por la propia actuación del Banco de España y de la Dirección General de Seguros, que no consideraron que la compañía estuviera celebrando negocios prohibidos a una compañía de seguros.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional va a reiterar estos argumentos en numerosas Sentencias posteriores, tales como las de 1 de octubre de 1998, 14 de noviembre de 2000, y 31 de enero y 20 de abril de 2002⁸⁴.

La postura de la Audiencia Nacional arrastra la indefinición que aquejó a la Administración a la hora de situar la anomalía negocial de estas operaciones. Esa indefinición de la Administración tributaria fue causada, sin duda, por la peculiar posición de la Administración Pública en este caso. Las compañías de seguros como tales están sometidas a una especial supervisión de la Administración, tarea regulatoria que corresponde en concreto a la Dirección General de Seguros. Estas compañías, conforme a la normativa que disciplina su funcionamiento, no pueden realizar cualesquiera operaciones sino sólo aquellas permitidas por esa normativa. En consecuencia, al celebrar contratos de seguro de vida, que podían no responder a la verdadera naturaleza jurídica de este tipo de operaciones, esas entidades podían estar realizando operaciones excluidas de su ámbito propio. Sin embargo, la Administración tributaria no contó con una explícita descalificación de estas operaciones en el sentido de no ser verdaderos seguros de vida, de parte de la autoridad supervisora, es decir, de la Dirección General de Seguros, o al menos esa descalificación no llegó en términos contundentes y generales. Por añadidura, esas entidades pertenecían a grupos bancarios sujetos asimismo a la supervisión del Banco de España, al que hubiera podido además corresponder el control de la posible realización por estas entidades aseguradoras de operaciones propias de entidades de crédito. Por todas estas razones, la Administración tributaria nunca fue concluyente al calificar estas operaciones, prefiriendo optar por una calificación de las mismas a los solos efectos económicos o fiscales o por la utilización de la tesis del negocio indirecto.

La Audiencia Nacional se deja tal vez influir por esa indefinición inicial de la Administración. No obstante, lo cierto es también que la Audiencia falla como si

⁸⁴ Esta última sentencia (recurso núm. 139/1999; ponente Ilma. Sra. Doña María Asunción Salvo Tambo) reitera (FD 7º) la definición de simulación que se hacía en la primera sentencia de 1997 y va a invocarse en muchas otras resoluciones posteriores, en el contexto ya de una nueva concepción de la simulación.

de un problema de calificación se tratara, entendiendo aquella como la determinación de la verdadera naturaleza de un contrato a tenor de los términos pactados por la partes, sin que estas hayan ocultado cuál era su verdadera intención. Buena prueba de ello es la anulación de las sanciones impuestas por la Administración y las razones de la Audiencia para estimar en este punto el recurso de la entidad. Sin embargo, la Audiencia no afirma estar aplicando sin más ese principio de calificación, sino que prefiere, tras excluir la existencia de simulación, situarse en el terreno de la causa del contrato, para afirmar que las operaciones realizadas no respondían a la causa propia de un seguro de vida sino a la típica de un depósito irregular o préstamo. Este análisis debería haber llevado a la consideración de las operaciones como simuladas o bien como incorrectamente calificadas por las partes según esa sutil diferencia entre simulación relativa y calificación, presente hoy en los artículos 13 y 16 de la LGT y antes en los artículos 25 y 28.2 de la LGT anterior, tras la reforma de 1995. Pero la Sala no hace esta distinción, que posiblemente también faltaba en la Resolución del TEAC de 26 de junio de 1991, prefiriendo pasar por la supuesta nulidad de pleno derecho de estos contratos por ser contrarios a las normas imperativas sobre régimen de las entidades aseguradoras para luego darles efectos y recalificarlos de hecho sobre la base de la figura de la conversión del negocio jurídico.

Distinta va a ser la técnica que sigue el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de noviembre de 2002, al confirmar plenamente en este punto la Sentencia de la Audiencia Nacional. El Alto Tribunal va a llegar a la misma conclusión que la Audiencia Nacional pero por el exclusivo camino de la calificación de las operaciones. La Sentencia de casación parte del artículo 28.2 de la LGT 1963, aunque en realidad no estaba en vigor cuando se realizaron las operaciones, para legitimar las liquidaciones administrativas y distinguir claramente entre esa técnica y el fraude de ley. En los contratos controvertidos no existiría cobertura de riesgo alguno, hallándonos ante una operación de ahorro. Al difuminarse el riesgo, se desnaturaliza la operación, la cual carece de base actuarial, basándose las operaciones en la aplicación de un interés financiero, en contra además, dice el Alto Tribunal, de la prohibición que pesa sobre las entidades aseguradoras de realizar operaciones que carezcan de esa base técnica actuarial. Sin embargo, la infracción de esta prohibición o la apariencia artificiosa creada que impidió a la Dirección General de Seguros apreciar la verdadera naturaleza de las operaciones, no es óbice para que el Tribunal Supremo confirme la anulación de la sanción rechazando en este punto el recurso de casación del Abogado del Estado. Para el Alto Tribunal no concurría en este caso la necesaria culpabilidad existiendo además una autorización de la Dirección General de Seguros para realizar las operaciones cuestionadas, autorización que a estos efectos, dice la Sentencia, sí sería relevante y decisiva.

Como vemos, el Tribunal Supremo se basa más claramente en la técnica de la calificación de las operaciones, si bien, en el caso concreto, su análisis pueda resultar diferente pero más cuestionable, y desde luego, como es lógico, menos completo que el de la Audiencia Nacional. En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo parte de una concepción muy estrecha de las operaciones de seguro de vida, entendiendo que este tipo de seguros han de ser normalmente sobre la vida entera y como seguros de riesgo para el caso de fallecimiento, frente a la realidad actual que pone de manifiesto la vocación de estos seguros como instrumento de ahorro estandarizado. En cualquier caso, posiblemente, años después del nacimiento de estas operaciones, el Tribunal Supremo busca una solución más bien equitativa, asume el carácter financiero y elusivo de aquellas operaciones, soslaya las dificultades de calificación de su verdadera naturaleza y halla esa equidad en la anulación definitiva de las sanciones.

Esta postura se reitera en la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 7 de diciembre de 2002 (recurso de casación núm. 1906/1997⁸⁵), en un caso de origen más antiguo, respecto de unas combinaciones de seguros. No obstante, esta sentencia resulta más vaga, afectada además por algunas peculiaridades del caso, en particular la posible validez de la contestación a una consulta tributaria. El Alto Tribunal se limita a aceptar la calificación de las operaciones hecha por la Inspección aludiendo al negocio indirecto y al viejo artículo 25 de la LGT, antes de 1995, sin un análisis más concreto de la técnica por la que se opta.

Curiosamente, hubo una postura discrepante en la propia Audiencia Nacional, sobre la que el Tribunal Supremo nunca se pronunció. Esta postura nace con el voto particular que acompaña a la Sentencia de 3 de octubre de 1997, a la que ya hemos hecho referencia. Este voto particular, formulado por el Ilmo. Sr. Don Jesús Nicolás García Paredes, negaba en definitiva la recalificación hecha por la Inspección y basaba esta postura fundamentalmente en la necesidad de que hubieran sido las autoridades de supervisión, es decir, la Dirección General de Seguros, las que hubieran procedido a detectar y señalar las supuestas anomalías de las operaciones.

Más tarde, la Sección Sexta de la misma Sala de la Audiencia Nacional, dictó una Sentencia de 1 de julio de 1999 (ponente Ilmo. Sr. Don Santiago Soldevilla Fragoso), en la que tras recalcar en la distinción entre fraude de ley y simulación, rechazó que hubiera simulación en aquellas operaciones. De acuerdo con la legislación entonces vigente, tales operaciones cubrían los riesgos propios de un seguro de vida, sin perjuicio del propósito fiscal que guiaba las mismas. *<<Con este planteamiento –dice la Sentencia- resulta*

⁸⁵ Este recurso fue resuelto antes por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2002, anulada por Auto de 29 de octubre de 2002 por razones procesales.

evidente que debe descartarse la tesis del negocio simulado, pues en ningún momento se planteó, ni por la Dirección General de Seguros, ni por las partes, que el contrato se (sic) seguro fuera una pura apariencia, ya que su existencia fue realmente querida y aceptada por todos, concurriendo en el mismo todos los requisitos y notas que lo definen, singularmente el riesgo de la operación y la aleatoriedad, sin que su naturaleza pueda quedar desvirtuada por el hecho de su carácter mixto, ya que en definitiva, se trata de una modalidad de seguro permitida>> (SAN 1-7-1999; FD 4º).

Más aun, la Sala en este caso aprecia que pudo existir fraude de ley, pero descarta esta figura con el conocido argumento de que la Administración no intentó esta vía para lo cual era requisito inexcusable la existencia de una declaración de fraude de ley en el correspondiente expediente especial. Finalmente, el posterior Real Decreto-Ley 5/1989 justificaría precisamente la existencia de una laguna legal en cuanto a estas operaciones de seguro a prima única, *“que si en algún caso fue aprovechada con fines elusorios del deber de contribuir, no se debió a la puesta en marcha de una actividad fraudulenta con infracción del ordenamiento, sino simplemente al aprovechamiento de un vacío legal, que obviamente sólo pudo ser frenado mediante la publicación de una ley formal prohibitiva de la práctica...”*. (FD 4º).

En suma, más allá de los recovecos de la argumentación de la Sala, lo cierto es que esta Sentencia representa una línea diferente en el empleo de la técnica de la calificación de la naturaleza jurídica de estas operaciones. Curiosamente, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 2002, sobre casos análogos y respecto de Sentencias anteriores de la Audiencia Nacional, no se pronuncia acerca de esta otra línea argumental, de modo que, hasta cierto punto, la misma quedó sin juzgar, especialmente si tenemos en cuenta la trascendencia que pueda darse en algunos casos a la postura de la Dirección General de Seguros y las limitaciones que puede imponer la técnica de casación respecto de la posible consideración de la inexistencia de simulación o de la verdadera naturaleza de un negocio como un hecho probado no susceptible de análisis en casación.

3.3.2 El caso de las ventas a plazos previas a las ventas al contado a un tercero. Tratamiento en general de las operaciones instrumentadas en el seno de un grupo familiar o de empresas antes de una enajenación o transmisión

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el TEAC utilizó un concepto amplio de simulación a partir de 2001 en un planteamiento más decidido frente a la elusión tributaria. A partir del 2002, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos contra distintas resoluciones del TEAC, va a llegar aún más lejos, influida por la ya citada doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional va a introducir claramente la figura de la simulación por ausencia de

causa para rechazar maniobras manifiestamente elusivas, respaldando la postura del TEAC y dando entonces un giro importante a la aplicación de las normas antielusión, que el legislador no tuvo en cuenta en la Ley General Tributaria de 2003.

En esta evolución, un caso decisivo es el resuelto en la Sentencia de 14 de marzo de 2002 (recurso núm. 46/1999⁸⁶). Ante unas transmisiones circulares de acciones entre hermanos para provocar disminuciones patrimoniales, la Sala, tal vez por vez primera, entiende que esas operaciones, aunque aparentemente realizadas, no eran sino negocios ficticios, simulados por ausencia de causa. En concreto, respecto de la apreciación de la simulación en ese caso, la Sala dice lo siguiente:

Analizando el negocio jurídico de la venta de las acciones del caso, venta manifestada en simultáneas compraventas, realizadas entre los distintos hermanos, de un mismo número de acciones de la misma naturaleza y serie, por el mismo precio sin que, por lo demás, conste tampoco el efectivo abono del mismo, a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta y ya en el ámbito específicamente tributario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley General Tributaria, en donde hoy también se recoge la figura de la simulación por primera vez tras la reforma operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, nos encontramos con que no hubo tal transmisión sino que en realidad fueron «ficticias» las transmisiones circulares entre los hermanos, pues se mantuvo inalterada la posición de todos y cada uno de ellos y, por lo tanto, no existió tal transmisión. Nos encontramos, como ya anticipábamos, ante una venta simulada, con simulación absoluta y, por lo tanto, con nulidad absoluta del negocio jurídico, según la referida doctrina del Tribunal Supremo, habida cuenta que, al final, todos los hermanos intervinientes se quedaron con idéntica situación patrimonial, alterándose únicamente la numeración de los títulos finalmente en poder de cada uno de los contratantes, pues en tal operación circular entre los hermanos en cuestión cada uno de ellos vendió a los otros el mismo número de acciones para, finalmente, cada uno de ellos conservar idéntico número de las acciones en la misma sociedad bajo un negocio meramente aparente, que no fue realmente querido (lo que es común con la simulación relativa) y sin que tampoco se buscase con su realización otro negocio jurídico distinto (a diferencia de la simulación relativa, en la que sí se quiere el negocio distinto al aparentemente celebrado), de modo que ningún efecto jurídico ha de producir la citada transmisión y, por tanto, en definitiva, tampoco la pretendida disminución patrimonial.

(SAN 14-3-2002; FD 4º)

⁸⁶ Ponente Ilma. Sra. Doña María Asunción Salvo Tambo

A partir de aquí, la Sala de la Audiencia Nacional siguió curiosamente una doble vía a la hora de enfrentarse a supuestas elusiones fiscales.

En primer lugar, a partir de una Sentencia de 24 de enero de 2002 (recurso núm. 1046/1999), seguida por dos de la misma fecha, 6 de febrero de 2003 (recurso núm. 485/2000 y recurso núm. 0516/2000), y otras posteriores como las de 16 de octubre de 2003 (recurso núm. 1075/2001) y de 7 de noviembre de 2003 (recurso núm. 1073/2001), la Sala opta por la tesis del TEAC basada en el negocio jurídico indirecto, utilizando inclusive la expresión de hecho imponible indirecto, noción ésta puesta además en relación con un complejo negocial o conjunto de negocios realizados con un propósito fiscal evidente. De esta manera, hasta cierto punto, estas sentencias parecerían buscar una cláusula antielusión nueva en el propio artículo 28.1 de la LGT anterior, que contiene, como es sabido, la propia definición genérica del hecho imponible⁸⁷.

⁸⁷ La Audiencia Nacional reitera en estas Sentencias la siguiente doctrina:

A nivel tributario, el negocio jurídico indirecto se ha de poner en conexión con el "presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la Ley", como establece el citado art. 28 de la Ley General Tributaria. En este sentido, hablar de "simulación" en el presente caso, no cabe, pues no se simula nada, sino que, por el contrario, la estrategia operativa cumple la normativa contractual utilizada en cada momento del proceso. En cuanto a la existencia del "negocio jurídico indirecto", civil o mercantilmente, cada una de las distintas relaciones jurídicas celebradas tienen su realidad y finalidad económica. La Sala, en su sentencia de fecha 24 de enero de 2002 (recurso 1046/1999), ya tuvo ocasión de declarar: "En segundo lugar, tampoco cabe hablar en el supuesto de actual referencia de la existencia de negocios jurídicos anómalos, ya que ni ha existido simulación, absoluta ni relativa (el negocio realizado es el verdaderamente querido por el demandante) ni se intruyó al efecto expediente alguno de fraude de Ley, tal y como hubiera sido preciso de acuerdo con el entonces vigente artículo 24.2 de la Ley General Tributaria (hoy artículo 24.1, tras la reforma por la Ley 25/1995) para poder formular tal calificación ni, finalmente, los hechos incontrovertidos permiten sostener que se trata de un negocio jurídico indirecto ni, mucho menos, fiduciario".

Sin embargo, desde la perspectiva tributaria, la consideración del "negocio jurídico indirecto" no puede abordarse utilizando una disección contractual, pues cada una de las alteraciones patrimoniales (positivas o negativas) o de equilibrio patrimonial, que se produzcan tendrían un tratamiento tributario específico, sino desde la perspectiva del "hecho imponible" buscado a través de las sucesivas de los sucesivos contratos u operaciones societarias realizadas (sic). Se trata más de la constitución de un "hecho imponible indirecto", en cuanto que el verdadero queda desplazado a efectos de que la carga fiscal que conlleva se adecue a la finalidad fiscal perseguida en la conclusión de la compleja operativa jurídica realizada, en la que, las diversas operaciones individuales realizadas únicamente tienen sentido apreciadas en su conjunto, aunque jurídicamente aparezcan con sustantividad fiscal autónoma.

Es, por tanto, el "presupuesto de naturaleza jurídica o económica", que constituye el "hecho imponible" lo que lleva al tratamiento tributario unitario, como unitaria es la operación perseguida y querida por la recurrente, de la inicial transmisión de las referidas acciones y la posterior contraprestación económica percibida, que ha originado en la sociedad recurrente el incremento de patrimonio liquidado.

(SAN 16-10-2003; FD 5º)

Especial importancia tienen las Sentencias de 16 de octubre y 7 de noviembre de 2003. Confirman en lo esencial la doctrina de una resolución crucial del TEAC, como es la de 20 de julio de 2001, que, como hemos comentado, se refería a una planificación fiscal ante una transmisión de negocio, frente a la cual el TEAC reacciona, posiblemente por vez primera, con la técnica de la simulación. Sin embargo, cuando la Audiencia Nacional está abriendo la noción de simulación, en estas Sentencias, contradictoriamente, la Sala rechaza la existencia de simulación, *<<[p]ues no se simula nada, sino que, por el contrario, la estrategia operativa cumple la normativa contractual utilizada en cada momento del proceso. En cuanto a la existencia del negocio jurídico indirecto, civil o mercantilmente, cada una de las distintas relaciones jurídicas celebradas tienen su realidad y finalidad económica>>* (FD 5º). Sin embargo, inmediatamente, la Sala rechaza la validez de la planificación intentada, a través de transmisiones y operaciones societarias previas a la venta a un tercero. Para ello la Sala acude a la otra vía, es decir, aquélla que remontándose a la Sentencia de 24 de enero de 2002, alude a ese hecho imponible indirecto derivado de un complejo negocial que debe ser aprehendido como un todo gravándose la verdadera realidad subyacente⁸⁸.

Esta tesis del hecho imponible indirecto iba a ser pronto abandonada en la doctrina de la Sala de la Audiencia Nacional y en realidad constituía una especie de reformulación de la figura del negocio indirecto, que también iría siendo abandonada por nuestros tribunales. Denominar “hecho imponible indirecto” al viejo negocio indirecto, nada añadía a la hora de explicar el tratamiento unitario del complejo negocial, desde la perspectiva del principio de calificación, de la simulación o de cualquier norma antielusión.

La dificultad inherente a esta noción se vio agravada por las diferencias de criterio entre los tribunales. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencias de 19 de junio, 5 de noviembre y 19 de diciembre de 2003, se enfrentó a un caso en el cual la Audiencia Nacional había aplicado esta tesis del hecho imponible indirecto: enajenación de derechos de suscripción, antes del Real Decreto-ley 1/1989, adquiriéndolos una sociedad que intermedia aparentemente en la posterior enajenación de las acciones a un tercer adquirente. La Administración había considerado que la primera ampliación de capital y enajenación de derechos de suscripción no respondía a la verdadera naturaleza económica del complejo negocial, a lo que la Sala de Madrid responde que aquella enajenación era efectiva y debía regirse por la normativa entonces vigente, es decir, la anterior al citado Real Decreto-ley.

⁸⁸ Por otra parte, una de aquellas Sentencias de 6 de febrero de 2003 (recurso núm. 0516/2000; ponente Ilma. Sra. Doña Esperanza Córdoba Castroverde), que resuelve un recurso contra una Resolución del TEAC de 8 de junio de 2001, es también especialmente significativa por la peculiaridad del caso que no responde a los patrones tan reiterados en la práctica española de los años ochenta y noventa. Ante la venta de su participación en una sociedad española, una entidad residente en los Estados Unidos aporta esa participación, escindida en dos partes, a sendas filiales también residentes en dicho país. A continuación, estas filiales transmiten esas participaciones en la entidad española al tercero adquirente de esta última. Como quiera que la participación originaria excedía del 25 por 100 y de acuerdo con el CDI entre España y Estados Unidos, la primera entidad no residente debía haber tributado en España por la plusvalía obtenida en la transmisión. Al aportar escindida la participación, dio lugar a que las dos filiales que recibían la aportación quedasen por debajo del umbral citado del 25 por 100. Por otro lado, la entidad aportante consideró que las primeras aportaciones tampoco tributaban en España al amparo de la figura de la reestructuración protegida prevista en el Protocolo del mencionado CDI.

Como alternativa a esta tesis del “hecho imponible indirecto”, la segunda vía seguida por la Audiencia Nacional es la que surge con la Sentencia de 9 de octubre de 2003 (recurso núm. 600/2002⁸⁹), seguida de otras Sentencias de la misma Sala y Sección, la Sección Segunda, destacando las dos Sentencias de 30 de octubre de 2003 (recurso núm. 692/2000 y recurso núm. 1061/1999⁹⁰), relativas al caso de los rendimientos derivados de operaciones de cesión de crédito, realizadas por determinadas entidades bancarias. A todas ellas, hay que añadir alguna posterior como las de 20 de noviembre de 2003 y 15 de enero, 29 de enero y 4 de marzo de 2004.

Esta Sentencia de 9 de octubre de 2003 reviste una especial importancia por dos razones. En primer lugar, la Sala confirma la doctrina del TEAC en el caso de las ventas a precio aplazado a una sociedad instrumental, como antesala de la venta al contado a un tercero. La Sala, invocando además la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, afirma rotundamente el carácter simulado de la primera venta y la existencia únicamente de la segunda venta al contado a un tercero. La segunda de las razones por las cuales la Sentencia destaca es por su cuidado desarrollo argumental, que amplía incluso el del TEAC, entrando en el concreto análisis de cada uno de los posibles supuestos de fraude de ley, simulación y economía de opción.

Como hemos advertido, el caso de esta sentencia es el de la venta a precio aplazado, realizada a una sociedad instrumental o del grupo, para luego ejecutar la venta convenida, por supuesto al contado, con un tercero. En este punto, conviene recordar que, en un caso idéntico, y en una serie de sentencias anteriores, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja había entendido que esa primera venta constituía una economía de opción lícita. En efecto, este Tribunal en sus Sentencias de 31 de diciembre de 1999, 9 de febrero y 13 de julio de 2000, 22 de marzo de 2001 y 24 de julio de 2002, había defendido la licitud de este modo de actuar. No habría simulación, a pesar de los indicios manejados por la Inspección, siendo esa venta a precio aplazado

El planteamiento presenta la peculiaridad de los diversos enfoques posibles ante aquél. Sin duda, una de las posibles reacciones de la Administración pudo ser simplemente cuestionar la interpretación del CDI, tanto en cuanto al sentido de la cláusula del 25 por 100 para las llamadas participaciones significativas, en relación con las participaciones a nivel de grupo, como en cuanto al sentido de las reestructuraciones amparadas por el Protocolo. Sin embargo, va a resultar decisivo el carácter supuestamente elusivo de las operaciones, que el TEAC, conforme a su doctrina tradicional, calificó de negocio indirecto.

Conviene destacar también que la Inspección, en este caso, gravó la plusvalía en sede de la aportante inicial y no en sede de las dos filiales que entre tanto recibieron las acciones para transmitir las en realidad a un tercero que ya había convenido la compra de la compañía española. A pesar de ello, no se habla de simulación, sino que el TEAC habla de negocio indirecto y la Audiencia Nacional introduce esta tesis del “hecho imponible indirecto”.

⁸⁹ Ponente Ilmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde

⁹⁰ Ponente Ilmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde

inicial una opción, que posiblemente pudo significar un fraude de ley, que la Administración no había declarado en expediente "ad hoc". *"La Administración no puede pretender evitar que el contribuyente, conocedor del estado de las actuaciones del legislador, diseñe en el tiempo operaciones previendo un tratamiento más beneficioso a sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible, con respeto a los principios constitucionales...."* (S TSJ La Rioja 24-7-2002; FD 7º). Curiosamente, en este mismo sentido se había manifestado el TEAR de Andalucía, al menos en una conocida Resolución de 23 de junio de 1999.

El TEAC, como hemos tenido ocasión de señalar, no siguió este criterio y la Audiencia Nacional respalda este parecer que será confirmado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 (recurso de casación núm. 6683/2000)⁹¹. En esta sentencia, el Alto Tribunal opta claramente por la

⁹¹ Merece la pena recordar la doctrina de la Audiencia Nacional en este caso:

Pues bien, desde una triple perspectiva puede afrontarse el análisis del «modus operandi» de la entidad recurrente: Como supuesto de economía de opción, como fraude de ley, o, por último, como simulación.

1.º De conformidad con la más reciente jurisprudencia la Sala ha de comenzar rechazando la posibilidad de calificar la actuación de la recurrente como un supuesto de economía de opción.

Como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo (Sala 2ª), en la STS de 15 Jul. 2002 «la llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que, resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas.»

Por su parte el Tribunal Constitucional (STC 46/2000) ha rechazado las que califica de «economías de opción indeseadas», considerando como tales «la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras», y que tienen como límite «el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar" como se dijo en la STC 110/1984, de 26 Nov., F. 3).»

En consecuencia, «si bien el respeto al expresado principio plasmado en el art. 31.1 CE no exige que el legislador deba tomar en consideración cada una de las posibles conductas que los sujetos pasivos puedan llevar a cabo en orden a la obtención de sus rendimientos, en el ámbito de su autonomía patrimonial (en sentido similar, STC 214/1994, de 14 Jul., F. 6), no es menos cierto que del mismo puede deducirse que la Ley debe necesariamente arbitrar los medios oportunos o las técnicas adecuadas que permitan reflejar la totalidad de los rendimientos obtenidos por cada sujeto pasivo en la base imponible del ejercicio.»

Desde dicha perspectiva es evidente que entre ambas sociedades --con idénticos socios y administrador--, no existió ningún dato mínimamente sugestivo de que entre ambas hubiera mediado un proyecto de actividad empresarial con alguna vocación de permanencia; mas al contrario, lo que puede detectarse es una manipulación distorsionadora del orden jurídico mercantil, transformando una venta al contado en una venta aplazada, que bien pudiera encajar

en la reciente definición del Tribunal Supremo (STS, Sala 2ª, de 30 Abr. 2003) de «manipulación engañosa encaminada a eludir el pago de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que le correspondía».

2.º Debe también rechazarse la existencia de fraude de ley. El fraude de ley es una forma de «ilícito atípico», en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma («de cobertura»), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas.

En el caso contemplado, la exclusión del fraude de ley requiere escaso esfuerzo argumental. En efecto, en el desarrollo de esta figura concurre un solo plano empírico de actuación en el tráfico jurídico, y dos planos de legalidad como referencia, con los que se opera tácticamente de la forma que se ha ilustrado. Mientras que en las relaciones entre las dos entidades de que aquí se trata es evidente la presencia de dos planos de actividad jurídico-mercantil.

«El negocio fraudulento --como señaló la Sala en la SAN de 20 Abr. 2002--, como concreción de la doctrina de Ley a que alude el artículo 6.4 del Código Civil, supone la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo (ley de cobertura) con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin ulterior distinto que persigue una norma imperativa (ley defraudada)» .

Pues bien, de forma similar a como razona el Tribunal Supremo (Sala 2ª), en la STS de 15 Jul. 2002, la intervención --intermedia-- de la entidad Cinersa en la venta de las acciones (que pretende justificarse con el etéreo argumento de la salvaguarda de la honra familiar) debe ser calificada cómo de «carácter meramente instrumental y de fachada... tratándose, pues, de una sociedad sin aptitud actual para operar realmente en el tráfico, y cuya intervención encuentra la verdadera causa en el propósito de distraer la atención del fisco del único acto de disposición relevante realmente realizado». En consecuencia, «a pesar de que se documentaron dos ventas, tuvo lugar una sola y a la intermedia y ficticia se le dotó únicamente de los elementos necesarios para que pudiera cumplir el papel de incidencia distractiva que se le había asignado en el complejo de la operación global.»

3.º La Sala, por el contrario, considera que se está en presencia de un supuesto de simulación relativa.

Como señaló la Sala en la SAN de precedente cita de 20 Abr. 2002 «para que exista simulación relativa, ya afecte a la causa del contrato..., ya a los sujetos o al contenido del mismo, sería preciso que el negocio creado externamente por las partes (negocio jurídico aparente) no sea realmente querido por aquellas, que buscan otro negocio jurídico distinto (o negocio simulado). O, como tiene declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 Sep. 1990, 16 de septiembre de 1991 y 8 Feb. 1996, la «simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder este a otra finalidad jurídica distinta», añadiéndose en la última de las referidas sentencias que «el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, que es un vicio de declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer».

Como regla general el negocio simulado se presenta como un negocio ficticio (esto es, no real) -- aunque puede ocultar en algunas ocasiones un negocio verdadero--, como un negocio simple -- aunque una importante modalidad del mismo es el negocio múltiple o combinado--, y, en fin, como un negocio nulo, por cuanto no lleva consigo, ni implica, transferencia alguna de derechos.

«La simulación (relativa) es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente

postura de la Audiencia Nacional casando la sentencia recurrida que era la del TSJ de la Rioja de 13 de julio de 2000. El Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

Esta Sala es consciente de que en el campo del Derecho Tributario la utilización de sociedades interpuestas o aparentes ha tenido una extraordinaria transcendencia, por ello el Legislador ha respondido con normas legales «ad hoc», que han relegado a un segundo término, el reconocimiento y aplicación con carácter general de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo».

Y en los últimos años se han utilizado para eludir los tributos fórmulas societarias cada vez más complejas y sofisticadas, lo cual ha dado lugar a la necesidad de acudir a los denominados «negocios jurídicos anómalos», subsumiendo en la simulación, en el fraude de Ley, en los negocios fiduciarios, y en la nueva categoría de «negocios indirectos», la combinación de varios actos y contratos con los que se consigue un propósito elusivo de los tributos.

Y esto es lo que, con esfuerzo, en el presente caso, ha logrado poner de manifiesto la Administración.

A. En efecto, en primer lugar, la resolución del TEARR partía de premisas generales que coinciden con la jurisprudencia de esta Sala que debía tenerse en cuenta.

realizado en violación de ley. De este modo lo que distingue a la simulación es la voluntad compartida por quienes contratan de encubrir una determinada realidad (anti) jurídica. Por eso frente a la simulación, la reacción del ordenamiento sólo puede consistir en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de eludir» (STS 15 Jul. 2002).

«Simulación, pues, y no mero fraude de ley, ya que, en el caso de este, el negocio o negocio realizados son reales. No se trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino, simplemente, de buscar amparo para un acto en una norma que no es la que propiamente le corresponde. Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma («norma de cobertura»), pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto («norma defraudada»).

Las actuaciones de la recurrente, introduciendo, en el proceso unitario de la venta de las acciones, una venta intermedia a una sociedad con los mismos socios e idéntico administrador, tratándose --ambas sociedades-- de sociedades en régimen de transparencia fiscal, y con la etérea y poco jurídica causa de proteger la honra familiar frente a una OPA formulada por una entidad portuguesa, conducen a la Sala a la expresada conclusión de la simulación relativa, debiendo aflorarse como auténtico contrato el de la compraventa al contado, con todas las consecuencias de ello derivadas para el ejercicio regularizado expuestas por la Inspección, confirmadas por el TEAC y que la Sala ratifica.

(SAN 9-10-2003; FD 10)

a) Conforme a los artículos 114 y ss. LGT/1963 y 1214 CC, entonces vigentes (art. 217 LEC/2000), la simulación es un hecho cuya carga de la prueba corresponde a quien lo afirma. En efecto, la «causa simulandi» debe acreditarla la Administración que la alega.

b) Para la acreditación de «formas portadoras de ocultación y engaño», que se caracterizan por su no evidencia, es preciso acudir a la prueba de presunciones. La simulación negocial se mueve en el ámbito de la intención de las partes que es refractario a los medios probatorios directos, por lo que debe acudir al mecanismo de la presunción, respecto de la que el artículo 118.2 LGT/1963 establecía que para que la (presunción) que no estuviera establecida por la Ley fuera admisible como medio de prueba era indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trataba de deducir hubiera un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

c) El Tribunal Constitucional, (también este Alto Tribunal y en la actualidad el artículo 386 LEC/2000) considera que las presunciones son un medio de prueba válido siempre que los indicios hayan quedado suficientemente probados por medios directos, exista el necesario enlace o relación entre dichos indicios y la consecuencia o hecho deducido que se pretende probar para la aplicación de la correspondiente norma, y, se exprese razonadamente el referido enlace o relación.

B. En segundo término el TEARR, hace una correcta aplicación de la indicada doctrina al supuesto contemplado.

a) Como indicios o hechos bases probados se señalan: 1.º la reclamante y BPB, suscribieron contrato de compraventa de las acciones de INVERYESO S.A. el 21 de junio de 1990 (posteriormente modificado en julio de 1991), donde quedó perfectamente fijado el momento de entrega de las acciones (30 de abril) y el cobro del precio al contado; y 2.º el 30 de abril de 1992 BPB recibe las acciones de INVERYESO y paga el precio.

b) El hecho deducido de los referidos indicios es que la doble compraventa reclamante INVERCAMARA, INVERCAMARA-BPB es un negocio simulado que encubre la compraventa al contado, mediante la interposición ficticia de una persona jurídica, en la que la primera es con un precio aplazado a veinte años y la segunda de la sociedad interpuesta al comprador con un precio al contado.

c) Se expresa el razonamiento sobre la relación entre los indicios y consecuencia, señalando que el negocio real y verdaderamente realizado constituía una alteración en la composición del patrimonio de la reclamante en instancia que implicaba una variación en su valoración,

siendo su incremento uno de los componentes de la renta del sujeto pasivo, que se oculta con la apariencia de que INVERCAMARA compra las acciones a sus socios y que contrata la venta de las mismas a BPB.

Son por tanto, plenamente razonables los fundamentos de la resolución administrativa, originariamente impugnada, avalando con ellos una hipótesis posible, que no aparece suficiente enervada por la argumentación de la sentencia recurrida.

En efecto, no basta, como hace la Sala del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, con señalar la frecuente utilización de la técnica de intermediación de sociedades en negocios con el fin de mitigar la fiscalidad de las personas físicas, independientemente de que el Legislador establezca tipos impositivos cuantitativamente distantes en la tributación de las personas físicas y jurídicas. Ni tampoco la mera descalificación, por artificiosidad interpretativa, de la imputación de ingresos que realiza la Administración o la invocación genérica a la autonomía de la voluntad, tratando de explicar la coincidencia entre el reparto del capital de la sociedad IVERCAMARA, S.L. y el que los miembros de la familia A... poseían en INVERSYESO, S.A., para desvirtuar los mencionados razonamientos de la resolución del TEARR.

Así pues, resultaban aplicables los artículos 25 y 28.2 LGT/1963, redacción dada por la Ley 25/1995, y debió considerarse simulado el contrato de venta con precio aplazado que, según el principio de calificación, merecía la consideración de venta con precio al contado.

(FD 8º)

En suma, el Tribunal Supremo comparte el criterio de que es simulado un negocio ficticio siendo ficticio un negocio que no implica ninguna transferencia real de derechos. Ese negocio ficticio no es realmente querido, sino que sirve para ocultar una realidad antijurídica, de modo que es necesario traer al primer plano la realidad jurídica realmente operativa⁹². El Tribunal Supremo reiterará

⁹² Más discutiblemente hablaban de simulación relativa las Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2003, en relación con las cesiones de crédito, pues no existiría esa cesión como tal sino una operación bancaria de pura captación de pasivo. Los reparos proceden de la propia apreciación de la simulación que se hace en estas sentencias, pues dada la realidad económica de las operaciones, así como la anulación que se dispone de las sanciones impuestas, nos hallaríamos más cerca de una cuestión de calificación de la verdadera naturaleza jurídica de tales operaciones que de simulación. En la Sentencia de 30 de octubre de 2003 (recurso núm. 1061/1999), acerca de operaciones de cesión de crédito, tras calificar de simuladas las operaciones, la Sala entiende que no concurre la necesaria culpabilidad que pueda fundamentar la imposición de una sanción, atendiendo a los argumentos razonables de la entidad, el conocimiento que de las operaciones de este tipo realizadas por las entidades bancarias tenían las autoridades económicas y la necesidad, que hubo, de dictar el Real Decreto-Ley 5/1989, de 7 de julio,

este criterio en relación con el caso de las ventas a plazos seguidas de la venta al contado del bien transmitido en números sentencias posteriores a esta primera de 2005, entre las que podemos citar como ultimas las de 9 de diciembre de 2009 y 21 de enero de 2010 (recursos de casación núm. 4282/2004 y núm. 4278/2004).

Evidentemente, esta doctrina inició en realidad la senda del rechazo radical de los negocios realizados con una exclusiva finalidad fiscal, sin efectos patrimoniales ciertos, entre partes vinculadas que crean esa apariencia negocial. Ese rechazo rotundo se condujo a través de la simulación, con las

para clarificar el régimen de estas operaciones. En realidad, de mejor técnica hubiera sido entender que nos hallábamos ante un problema de calificación razonable de la naturaleza de esas operaciones.

Más contundente es la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2003, en la que se dice lo siguiente: <<[L]a Sala considera que, al no haber existido ocultación..., y una aplicación errónea de las normas, procede la aplicación de lo establecido en el artículo 77.4.d), de la LGT.....". Razón por la cual, "[l]a Sala considera que no procede la imposición de la sanción...>>. (FD 6º).

En la Sentencia de 9 de octubre de 2003, la Sala no entró a confirmar la sanción, por entender que había prescrito el derecho de la Administración a imponer aquella, por aplicación retroactiva del plazo de cuatro años derivado de la Ley 1/1998, conforme al criterio de la Audiencia Nacional en este punto. Sin embargo en las Sentencias de 15 de enero de 2004 (recurso núm. 1323/2001), sobre una operación de arrendamiento financiero y de 29 de enero de 2004 (recurso núm. 1250/2001; ponente Ilma. Sra. Doña Esperanza Córdoba Castroverde), sobre la misma cuestión de la venta a precio aplazado a una sociedad instrumental, la misma Sala y Sección confirma la sanción como una consecuencia ineludible de la existencia de simulación. En concreto, dice así:

A mayor abundamiento, ha señalado esta Sala en su Sentencia de 23 de diciembre de 2003 – recurso Núm. 1144/2001- en un supuesto similar al actual en que también se apreció la existencia de simulación, que procedía mantener la sanción” sin que a ello sea óbice las dificultades con que el intérprete del Derecho se encuentra para localizar y definir la existencia del negocio simulado, ya que esta calificación entraña, por definición, que se aprecie la existencia de una voluntad real distinta de la manifestada, la cual se emplea como cobertura y excusa. De ahí que sea más difícilmente apreciable la infracción, por serlo igualmente la deuda tributaria misma, toda vez que para su determinación y descubrimiento se hace preciso acometer un proceso lógico que exige, entre otras operaciones, la de soslayar las apariencias formales, aún cuando estén naturalmente revestidas de legitimidad. No obstante ello, la dificultad en la localización del fraude no significa minimización del reproche que la conducta merece, casi inherente al hecho mismo de la confabulación urdida para eludir la aplicación de normas imperativas.

(SAN 29-1-2004; FD 1º)

Para terminar, citaremos otra Sentencia de la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, de 6 de mayo de 2004 (recurso núm. 157/2002; ponente Ilma. Sra. Doña Esperanza Córdoba Castroverde). De nuevo, nos hallamos ante una venta pretendidamente a plazos, con la peculiaridad en este caso de haberse instrumentado a través de un intermediario financiero y no de una sociedad vinculada. Ello hace que la Sala asuma un enfoque distinto basado en el principio de calificación, para sostener, de acuerdo con el artículo 28.2 de la LGT, que la venta al intermediario financiero era un negocio fiduciario, sin posible economía de opción que respaldase la ventaja fiscal pretendida, negando efectos a dicho negocio y reputando la venta como hecha al contado .

consecuencias que ello comporta en el terreno del Derecho tributario sancionador.

3.3.3 El caso de las obligaciones bonificadas en la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo

En aquellos primeros años del siglo, otro caso decisivo vino de la mano del régimen transitorio de las obligaciones emitidas por ciertas empresas y entidades. Dichas obligaciones o cédulas habían gozado tradicionalmente de un beneficio fiscal consistente en una bonificación de hasta un 95 por 100 en el antiguo Impuesto sobre las Rentas del Capital. La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, mantuvo transitoriamente esta bonificación, de manera que los rendimientos de estos empréstitos estaban sujetos a una retención efectiva del 5 por 100 del tipo del antiguo Impuesto sobre las Rentas del Capital, que era del 24 por 100. Sin embargo, el acreedor o titular de la obligación bonificada podía deducirse la retención teórica igual a ese 24 por 100.

No obstante, las sociedades de seguros y entidades de crédito no gozaban de este régimen transitorio, pudiendo deducir únicamente la retención efectiva del 1,2 por 100. Ello hizo que algunas entidades transmitieran estos títulos antes del vencimiento del cupón, para que éste fuese cobrado por una entidad cualificada para gozar de esa bonificación transitoria, recuperando aquéllas la obligación una vez pagado el interés correspondiente. Esa transmisión se hizo en ocasiones mediante la constitución de usufructos temporales sobre los valores y otras mediante ventas con pacto de recompra de la obligación o del cupón. Normalmente, las operaciones se financiaban por la propia entidad de crédito interesada y terminaban suponiendo un reparto de esa bonificación.

De nuevo, la posición de nuestros tribunales distó de ser unánime, comenzando por la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que cambió de criterio explícitamente sobre esta cuestión. En concreto, en el caso de los usufructos temporales, la Audiencia Nacional respaldó inicialmente la tesis del TEAC, que optó por no cuestionar la realidad y calificación de la operación sino por negar en definitiva al usufructuario la posibilidad de gozar de esa bonificación al no ser verdadero obligacionista. Sin embargo, a partir de sus Sentencias de 15 de noviembre de 2001 (recurso núm. 1415/1998) y 20 de diciembre de 2001 (recurso núm. 1475/1998), la Sala acepta que los usufructos temporales serían operaciones que responderían a su verdadera naturaleza, dando al usufructuario derecho a percibir los intereses con la bonificación correspondiente.

El Tribunal Supremo se inclinó por la tesis de la simulación desde las Sentencias de 20 de febrero y 5 de marzo de 2004 (recursos de casación núm.

8139/1998 y 11210/1998⁹³), respecto de los usufructos temporales, y una tercera de 11 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 2739/1999⁹⁴), relativa a la cesión con pacto de recompra. En las dos primeras, se estima la casación frente al criterio del TSJ del País Vasco; en la tercera, se desestima la casación y se confirma el criterio del TSJ de Navarra. En las dos primeras, se recurre al viejo artículo 25.3 de la LGT, recogido en la norma foral aplicable directamente; en la tercera, se respalda la tesis de la Sala de Pamplona favorable a la simulación por ausencia de causa. Como consecuencia de todas ellas, el Alto Tribunal establece como doctrina la falta de virtualidad de las operaciones realizadas con el fin de gozar indebidamente de un determinado beneficio fiscal.

En las dos primeras Sentencias, aunque la Sala se ampare en el artículo 25.3 de la LGT entonces aplicable, la Sala razona en unos términos tales que viene a considerar los usufructos temporales enjuiciados como unas operaciones ficticias o susceptibles de ser recalificadas como la mera transmisión “contra legem” de un beneficio fiscal, si bien, recordando el viejo recurso al negocio indirecto, la Sala esgrime el artículo 25.3 de la LGT en la medida que le evita tener que calificar el negocio como anómalo o constitutivo de un fraude de ley.

Más directa es la tercera de las Sentencias del Alto Tribunal, si bien la Sala, tras dar a entender la inexistencia de la pretendida compraventa, opta por el tradicional criterio de no calificar en concreto la anomalía del negocio, pues *<<[a]nte la burda utilización de la aparente institución jurídica de la compraventa, es casi innecesario tratar de subsumir el conjunto operativo llevado a cabo como negocio simulado o disimulado, negocio en fraude de ley, negocio indirecto, negocio fiduciario y/o demás especialidades de los negocios jurídicos anómalos, pues en la realidad del caso aquí analizado lo único que ha habido es el reparto subrepticio de una cuota del Impuesto sobre Sociedades, no pagada, como resultado de un beneficio fiscal en régimen transitorio al que ninguno de los interesados tenían derecho directa o indirectamente>>* (STS 11-5-2004; FD 3º).

Más tarde el Tribunal Supremo confirmará este criterio en distintas sentencias como las de 25 de octubre de 2004 (recurso de casación núm. 3794/1999) y de 13 de junio de 2006 (recurso de casación núm. 2381/2001)⁹⁵.

⁹³ Ponente en ambas el Excmo. Sr. Don Alfonso Gota Losada

⁹⁴ Ponente Excmo. Sr. Don Jaime Rouanet Moscardó

⁹⁵ Más recientemente, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 27 de octubre de 2016 (recurso número 170/2014) se enfrenta a un supuesto similar en relación con una compraventa de acciones de Telefónica instrumentada como aplicaciones derivadas de órdenes de signo contrario ejecutadas en un corto espacio de tiempo, que dan lugar al cobro de un dividendo compensado con una pérdida lo que permite reclamar la devolución de la retención soportada al cobrar aquel, siendo las acciones vendidas y recompradas por

3.3.4 La doctrina del rechazo de pretendidas ventajas fiscales sin invocación de una norma antielusión concreta. El caso de los bonos austriacos como ejemplo de esta técnica y su solución por el Tribunal Supremo en el ámbito de la interpretación

Ya hemos aludido con anterioridad a los antecedentes existentes en nuestra jurisprudencia, así como en la doctrina del TEAC, acerca del rechazo de pretendidas ventajas fiscales sin invocar ninguna norma antielusión concreta. Expresión tradicional de esta técnica era la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1988, ya citada. Asimismo, ya hemos hecho referencia a la importancia de la interpretación jurídica a la hora de enmarcar el verdadero papel de las normas generales antielusión en el ordenamiento tributario. Ahora, para terminar esta primera etapa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debemos traer a colación uno de los casos más trascendentes y complejos resueltos entonces, para observar la solución dada al mismo, primero por los tribunales inferiores y luego por el Tribunal Supremo. Se trata del caso de los llamados bonos austriacos.

A mediados de los años noventa, determinadas entidades financieras trataron de aprovechar una aparente laguna del ordenamiento tributario y ofrecieron así ciertas operaciones a sus clientes que en esencia respondían al siguiente esquema. El cliente, normalmente mediante un préstamo de la propia entidad, adquiría bonos o títulos de deuda pública austriacos, que en algún caso fueron también brasileños, realizándose esta adquisición poco antes del vencimiento del cupón y vendiéndose los bonos inmediatamente después del cobro de los intereses. En aquel momento, la normativa fiscal trataba como una disminución de patrimonio la diferencia negativa entre el importe obtenido al enajenar un valor y su coste de adquisición. Al adquirirse los títulos con el cupón corrido y transmitirse tras el cobro de los intereses, se producía una pérdida, pues el coste de adquisición reflejaba ese interés ya devengado y a punto de cobrarse. En general, el citado tratamiento fiscal no era ventajoso pues los intereses tributaban como rendimientos del capital mobiliario, pero en este caso los intereses de la deuda pública austriaca o brasileña estaban exentos en España por prever los respectivos CDI que esos intereses sólo tributaban en el Estado emisor de la deuda pública

La Administración tributaria reaccionó negando la viabilidad de esa disminución de patrimonio. Sin embargo, numerosos Tribunales Económico-Administrativos

una entidad no residente. La Sala entiende que el complejo negocio obedecía al deseo de evitar la tributación de la entidad no residente, con arreglo al CDI con Australia y afirma la existencia de simulación pues las opciones de compra y venta cruzadas no obedecían a su causa típica. La Audiencia Nacional invoca las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 668/2009) y de 11 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 3736/2010), en las cuales el Alto Tribunal dio una solución semejante a casos de lavado de cupón o de dividendo.

regionales estimaron las reclamaciones de los contribuyentes por entender que nos hallábamos ante una economía de opción derivada de la redacción del CDI. En consecuencia, el camino correcto para evitar estas minusvalías interesadas era la modificación del CDI y no una interpretación contraria a la normativa fiscal que permitía esas disminuciones de patrimonio, normalmente provocadas por los contribuyentes para compensar incrementos de patrimonio obtenidos en ese periodo impositivo.

Curiosamente, el primer pronunciamiento jurisdiccional decisivo se produce por parte de la Audiencia Nacional aun antes de haberse pronunciado sobre esta cuestión el TEAC y cuando parecía probable que la propia vía económico-administrativa terminara rechazando aquella reacción de la Administración tributaria. En tres Sentencias de 24 de noviembre de 1998, la Audiencia Nacional confirma la postura de la Administración y va a hacerlo sin calificar estas operaciones como un fraude de ley o una simulación, sino simplemente entendiendo que la minusvalía pretendida tenía un carácter ficticio sin una verdadera efectividad o sustancia económica, lo que privaba al contribuyente del derecho a minorar la base imponible del impuesto mediante la compensación de esa supuesta pérdida patrimonial. Para la Sala, si bien había existido una alteración patrimonial, desde el punto de vista tributario, la disminución de patrimonio no tenía existencia económico-jurídica, siendo improcedente la compensación pretendida por el contribuyente.

El TEAC, a la vista de este criterio de la Audiencia Nacional, confirma asimismo el proceder de la Administración a partir de dos Resoluciones de 26 de mayo y 23 de julio de 1999. El TEAC tampoco acude a ninguna cláusula antielusión sino que pretende ya, de hecho, buscar una solución en la interpretación del bloque normativo, trayendo en su favor la norma contable acerca del registro del interés corrido aparte del coste de adquisición, aunque en la mayor parte de los casos los contribuyentes afectados no eran empresarios. En suma, el TEAC hace una interpretación de la normativa de los impuestos sobre la renta entonces vigente, que le lleva a distinguir dos componentes del coste de adquisición, según que ese coste total deba corresponder al capital o principal o bien al interés o cupón corrido y no vencido. Si bien la norma fiscal trataba conjuntamente ambos componentes por razones prácticas, esa distinción debería renacer en casos especiales, como dice el TEAC, *<<[s]i se quieren evitar absurdos resultados, como la aparición de minusvalías que nada tienen de realidad>>* (R TEAC 26-5-1999; FD 6º).

El Tribunal Supremo, antes de haberse pronunciado sobre el fondo de este asunto, lo prejuzgó en dos Sentencias en las cuales tuvo ocasión de pronunciarse sobre una cuestión conexa. En sus Sentencias de 30 de junio de 2000 (recurso núm. 225/1998) y de 15 de abril de 2003 (recurso de casación núm. 2891/1998), el Alto Tribunal se enfrenta a la cuestión de la posible procedencia de plantear un procedimiento amistoso con Austria, vía sugerida

por algunos contribuyentes y rechazada por la Administración con el argumento de que la admisión de la minusvalía nada tenía que ver con la aplicación del CDI, el cual sólo exigía la exención de los intereses de la deuda pública austriaca, lo que estaba fuera de cualquier controversia. En estas sentencias, el Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración tributaria al negarse a acudir a ese procedimiento amistoso e incidentalmente, y este es el punto que nos interesa, zanja en apariencia el tema de fondo, de nuevo con argumentos alejados de cualquier norma antielusión. Para la Sala, la solución adecuada era la siguiente:

[P]ues bien, la solución satisfactoria sobre el tratamiento fiscal de la minusvalía formal, puesta de manifiesto al vender los bonos de la República de Austria inmediatamente después del cobro del cupón de intereses, derivada precisamente de esa pérdida de cotización, puede adoptarse por la Autoridad competente del Estado a quien corresponda la medida, sin afectar a la exención reconocida de dichos intereses, que no resultan gravados por el hecho de inadmitirse aquella minusvalía compensable, antes al contrario y frente a los sostenido por los demandantes, si se llegara a la conclusión opuesta y se aceptara la compensación con otras plusvalías, podría hablarse de una suerte de “prima tributaria” sobre la exención, al añadirse al beneficio fiscal que ella representa, otro sobre los incrementos patrimoniales que resultaran compensados y con ello excluidos también de tributación. Lo mismo cabe decir de los gastos financieros de la operación.

(STS 15-4-2003; FD 5º in fine)

El Tribunal Supremo aborda ya directamente la cuestión de fondo en su Sentencia de 11 de mayo de 2004⁹⁶ (recurso de casación núm. 1402/1999⁹⁷), confirmando una de las sentencias citadas de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 1998 (la dictada en el recurso núm. 842/1996). En la jurisprudencia tributaria, esta Sentencia del Alto Tribunal va a adquirir especial relevancia por consagrar el valor de la interpretación jurídica en estas controversias. Frente al tradicional encuadre entre economía de opción y normas antielusión, esta Sentencia respalda la tesis que concibe la correcta interpretación, coherente y finalista, como un requisito previo a cualquier economía de opción.

⁹⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 fue seguida de otras sentencias del mismo tenor tanto en el caso de los llamados bonos austriacos como en el de bonos emitidos por Brasil. Así podemos citar las Sentencias de 30 de junio de 2008 (recurso de casación núm. 5279/2003), de 16 de febrero de 2009 (recurso de casación núm. 6805/2005) o una más reciente de 3 de julio de 2014 (recurso de casación núm. 1614/2005).

⁹⁷ Ponente Excmo. Sr. Don Juan Gonzalo Martínez Micó

La Sala, en esta Sentencia, va más allá que la propia Audiencia Nacional, no limitándose a soslayar las normas antielusión mediante invocaciones genéricas, sino afirmando claramente que son innecesarias tales normas cuando la controversia debe residenciarse en el terreno de la interpretación correcta del bloque normativo. El Tribunal Supremo, tras rechazar una interpretación de las normas tributarias basada en la naturaleza económica del hecho imponible y admitir la “economía de opción” o “estrategia de minoración del coste fiscal”, excluye expresamente que, al menos en el caso enjuiciado, existiera un negocio jurídico anómalo. Ahora bien, para el Alto Tribunal la cuestión residiría en cuál es la correcta interpretación de la norma que soporta esa economía de opción; en concreto, en el caso que nos ocupa, el artículo 46 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, cuando para determinar el valor de adquisición, en los incrementos o disminuciones de patrimonio, se refería al “importe real”.

El Alto Tribunal se aproxima al análisis que haría el TEAC y algunas Sentencias coetáneas de la Audiencia Nacional, como las de 1 y 22 de abril de 2004. Una integración o interpretación coherente del bloque normativo exigiría, a juicio de la Sala, separar en el valor de adquisición dos componentes distintos: uno correspondiente al capital adquirido, y otro, el valor del derecho a percibir el próximo cupón, <<[s]in que en puridad, sea jurídicamente correcto – en casos especiales como el que aquí nos ocupa- confundirlos en uno si se quieren evitar resultados, como la aparición de minusvalías formales, que nada tienen de realidad>> (STS 11-5-2004; FD 6º).

Sin entrar en el detalle de la argumentación del Tribunal Supremo, ni hacer una crítica de su mayor o menor precisión, lo decisivo a nuestros efectos es la conclusión que la Sala metodológicamente alcanza. El rechazo del tratamiento fiscal pretendido no se basa en norma antielusión alguna, sino en “la interpretación teleológica de los términos del apartado 1 del artículo 46 de la Ley 18/1991”. Por ello, la Sala termina diciendo lo siguiente:

Es llano, pues, que en los "bonos austriacos" deben distinguirse claramente dos regímenes tributarios diversos en el I.R.P.F: a) el correspondiente a los intereses, en el que resulta indiscutible su tributación como rendimientos de capital mobiliario y, consecuentemente, su exención por mor del Convenio Hispano-Austriaco hasta el día 24 de febrero de 1995 en que se firmó el Protocolo de modificación del Convenio de doble imposición con Austria, suprimiendo el apartado 3 del art. 11 y quedando, en consecuencia, los intereses de la Deuda Pública sujetos a las mismas normas de distribución del poder de imposición entre ambos Estados que los intereses en general y b) el atinente a las alteraciones patrimoniales, en que el importe de los intereses, justamente por ser rendimientos del capital mobiliario, deben quedar excluidos para fijar el valor de adquisición. Esta es la interpretación teleológica del

precepto en cuestión cuando se refiere al "importe real", que superando, así, una interpretación literal de la norma fiscal, ha de llevarnos a considerar exclusivamente aquello que ulteriormente fue objeto de enajenación, porque sólo así podrán efectivamente compararse los verdaderos valores de adquisición y enajenación y, determinarse, en fin, la existencia o no de la pretendida disminución patrimonial. En consecuencia, ha de concluirse que la diferencia negativa entre el valor de adquisición de los bonos austríacos que incluya el importe del "cupón corrido" y el de enajenación no constituye una disminución patrimonial, a efectos de la liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del sujeto pasivo. Tal disminución patrimonial, obtenida técnicamente por el juego de la normativa interna española sobre el tratamiento, en el I.R.P.F., de los incrementos y disminuciones patrimoniales y de los rendimientos del capital mobiliario en conexión con el Convenio de Doble Imposición Hispano Austríaco, resulta económicamente ficticia y, en una interpretación teleológica de la normativa contemplada, fiscalmente inadmisibile como tal minusvalía. Con esta interpretación no hacemos uso alternativo del Derecho. No corregimos el contenido de la ley para descubrir obligaciones tributarias donde la ley no las ha establecido; sólo integramos el contenido de la norma al aplicarla, que es misión genuina de este Tribunal Supremo.

(STS 11-5-2004; FD 6º)

En sede de los Tribunales inferiores, la solución del caso de los bonos austríacos se había decantado por esa opción jurisprudencial de rechazar una ventaja fiscal artificiosamente pretendida sin acudir a ninguna cláusula antielusión concreta, ni siquiera el fraude de ley ex artículo 24 de la LGT anterior. Sin embargo, tras la Sentencia de 11 de mayo de 2004 del Tribunal Supremo, un análisis de esta cuestión permite sostener que en realidad su solución más correcta vendría de una adecuada interpretación del bloque normativo de aplicación. Una interpretación que desde luego debe analizar ese bloque normativo en su conjunto buscando la solución más adecuada de acuerdo con el espíritu y finalidad de las normas implicadas y a tenor de la coherencia del sistema tributario y, desde luego, evitando soluciones que pudieran parecer a todas luces absurdas. Todo ello dicho sin olvidar que el caso de los bonos austríacos es también buen ejemplo de las dificultades que entraña este campo, de la viabilidad de la solución alternativa, exigiendo la modificación de la normativa controvertida, como en definitiva se hizo con el CDI con Austria en el mismo año 1995 y de la evolución de la posición, casi del sentir, de los Tribunales sobre este tipo de controversias⁹⁸.

⁹⁸ Un último caso resuelto en aquellos años por el Tribunal Supremo fue el de la donación de acciones pignoras para aplicar las normas sobre incrementos de patrimonio en el IRPF sobre transmisiones a

3.4 Segunda etapa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2008-2012)

3.4.1 Líneas generales de esta jurisprudencia

La moderna doctrina del Tribunal Supremo español en la aplicación de las normas antielusión arranca en 2008 como consecuencia de las sentencias del Alto Tribunal en un caso concreto que podemos denominar el caso “Chocolates Hueso”.

Aunque luego volvamos sobre el caso mencionado, debemos adelantar que esta jurisprudencia del Tribunal Supremo se va a caracterizar por tres notas fundamentales:

- a) En primer lugar, el Tribunal Supremo va a superar la distinción entre las diferentes normas antielusión contenidas tanto en la vieja como en la nueva LGT. Ciertamente, el Alto Tribunal va a tener ocasión de negar esta circunstancia y de afirmar el distinto ámbito de aplicación de las diferentes normas contenidas en la LGT. Sin embargo, parece más cierto que, como mínimo, el Tribunal Supremo va a tender a homogenizar su interpretación de las diferentes figuras bajo una doctrina general basada en la justificación económica de las operaciones o la falta precisamente de dicha justificación. De esta manera, en realidad, el Tribunal Supremo se aproxima a lo que ha sido característico de la jurisprudencia del TJUE y de otros Tribunales que han acudido a los motivos económicos de las operaciones para apreciar la presencia en su caso de una pura razón fiscal en ellas. El problema en nuestro caso es que el Tribunal Supremo ha aplicado ese análisis en casos de fraude de ley, de recalificación o de simulación sin poder desactivar por otro lado las diferentes consecuencias de cada una de estas figuras.
- b) En segundo lugar, como hemos ya anticipado, el Tribunal Supremo abandona otras técnicas de análisis más vinculadas a la doctrina civil tradicional, para acudir a los motivos económicos de los negocios u operaciones o, más bien, para exigir del recurrente que justifique la existencia de razones económicas de tales negocios distintas del puro efecto fiscal que resulta de los mismos.
- c) Finalmente, el Tribunal Supremo va a ir introduciendo implícitamente en su doctrina un reproche hacia aquellas conductas artificiosas que han buscado una elusión fiscal contraria a la nueva realidad o moral

título lucrativo. El Alto Tribunal entendió que tales transmisiones eran solo en parte lucrativas, pues en parte eran onerosas. Pueden citarse las sentencias de 21 de marzo y 22 de noviembre de 2005 así como la de 6 de noviembre de 2006.

social que va a nacer con la crisis económica que se inicia precisamente en torno a este mismo año 2008. Curiosamente, con ello el Tribunal Supremo se anticipa a lo que sería una reacción política generalizada en Europa desde 2010 y cuyo máximo exponente es el proyecto BEPS de 2013⁹⁹.

Consecuencia tal vez de este reproche será la progresiva construcción en algunas sentencias de una noción amplia de la simulación basada en la ausencia de causa en aquellos negocios realizados con la finalidad de obtener una ventaja fiscal. Cuando comiencen a llegar casos en los que la Administración apreció la existencia de simulación, algunas sentencias del Tribunal Supremo van a respaldar, como veremos, esa vía con las consecuencias sancionadoras de la misma, dando lugar a la aparición de diferentes opiniones en el seno de la propia Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal.

3.4.2 El caso “Chocolates Hueso” y otras sentencias coetáneas

3.4.2.1.- Pues bien, hasta cierto punto, todo este proceso se inicia con el caso “Chocolates Hueso”. Este caso va a dar lugar a toda una serie de sentencias del Tribunal Supremo, iniciadas con la de 18 de marzo de 2008 (recurso de casación núm. 35/2004).¹⁰⁰

El caso es uno de tantos que va a descansar sobre la tributación en el IRPF de las ganancias patrimoniales o incrementos de patrimonio resultantes de la venta de acciones o participaciones en una sociedad española siendo el adquirente en aquel entonces normalmente un grupo inversor extranjero. En este caso como en tantos otros se van a realizar operaciones sucesivas en un corto espacio de tiempo dirigidas a reducir la carga fiscal sobre esas ganancias patrimoniales, aprovechando además las peculiaridades que entonces rodeaban la venta de derechos de suscripción y el régimen de las sociedades en transparencia fiscal.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo recoge en sus sentencias el relato de las operaciones que aparece antes en las sentencias de la Audiencia Nacional, un relato relativamente incompleto del que en realidad el Tribunal

⁹⁹ *Base Erosion and Profit Shifting*, proyecto lanzado por la OCDE en julio de 2013.

¹⁰⁰ Tras esta sentencia del Tribunal Supremo, encontramos hasta otras doce relativas al mismo caso: SSTs de 20 de abril, 8 de mayo, 15 de mayo, 20 de mayo, 27 de mayo, 10 de junio, 17 de junio, 24 de junio, 30 de junio, 8 de julio y 15 de julio de 2008. El ponente en todas las sentencias citadas es el Magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Vicente Garzón Herrero. Las sentencias del TS resuelven recursos de casación, en su mayor parte para la unificación de doctrina, contra diferentes sentencias de la AN de 2003 y 2004, recursos interpuestos por diferentes accionistas de Chocolates Hueso, S.A. y recursos que en todo caso van a ser desestimados por el TS.

Supremo va a prescindir para resolver, como veremos, desde otra perspectiva. En todo caso, las operaciones realizadas pueden resumirse del siguiente modo, sobre la base de ese relato recogido en las sentencias de la Audiencia Nacional¹⁰¹.

En 1989, se planteó la transmisión de parte de la actividad de la entidad “Chocolates Hueso, S.A.” a la multinacional británica Cadbury Schweppes. En este contexto, las personas físicas que eran accionistas de Chocolates Hueso se convirtieron asimismo en accionistas de una sociedad de cartera denominada “Inversiones Aloña, S.A.”, que antes era propiedad de Chocolates Hueso. A continuación, se amplió el capital de Aloña, mediante la emisión de 3.000 acciones de 500 pesetas de nominal (1.500.000 pesetas), con una prima de emisión de 348.500.000 pesetas (lo que suponía una ampliación del 23.333,33%), que es suscrita por los mismos socios que entregan en pago,

¹⁰¹ El relato exacto de las operaciones que hace el TS es el siguiente:

1) Adquisición en fecha 11 de Enero de 1989 por algunos accionistas y otras personas que no lo eran con anterioridad de acciones de la sociedad Chocolates Hueso, S.A., al tipo del 100%. 2) Percibo parte de los accionistas de Hueso, en fecha 13 de Enero de 1989, de un dividendo bruto de 47.250.000 pesetas. 3) Venta en la fecha de 13 de Enero de 1989 por parte de Hueso a sus accionistas, en la misma proporción en que participan en el capital social, de 31.800 acciones de Inversiones Aloña, S.A., sociedad de cartera de la que Hueso poseía el 99,375% de su capital. El precio de venta teórico era de 629 pesetas, siendo su valor nominal de 500 pesetas. 4) Ampliación de capital por parte de la sociedad Aloña, en fecha 14 de Enero de 1989, mediante la emisión de 3.000 acciones de 500 pesetas de nominal (1.500.000 pesetas), con una prima de emisión de 348.500.000 pesetas (lo que supone la ampliación del 23.333,33%), que es suscrita por los mismos socios que entregan en pago, como aportación no dineraria, la totalidad de las acciones de Hueso, valoradas al 100% -35.000 acciones a 10.000 pesetas; con un total de 350.000.000 pesetas-. 5) Constitución de la sociedad Inversiones Egea, S.A., en fecha 20 de Enero de 1989. 6) Segunda ampliación de capital por parte de la sociedad Aloña, en la misma fecha de 20 de Enero de 1989, vendiendo los accionistas los derechos de suscripción a Inversiones Egea, al precio unitario de 125.000 pesetas - total de 4.375.000.000 pesetas-. 7) Ampliación de capital por parte de la sociedad Aloña, en fecha 21 de Marzo de 1989, en 4.375.000.000 pesetas, suscrita íntegramente por los accionistas, que efectúan el pago compensando la deuda de Egea, derivada de la compra de derechos de suscripción por el mismo importe. 8) Revalorización de las acciones de Hueso por parte de , contabilizadas por su nominal de 350.000.000 pesetas, en 3.800.000.000 pesetas, lo que da un valor total de 4.150.000.000 pesetas. 9) Contabilización del beneficio total, del que 1.089.450.000 pesetas, corresponden al establecimiento de Oñate, que se escinde al día siguiente, recibiendo como contrapartida acciones de la entidad Zahor, S.A., mientras que el resto, 3.060.550.000 pesetas, es el precio fijado de la venta de la factoría de Ateca (Huesca) a la multinacional Cadbury Schweppes. 10) En fecha 29 de Noviembre de 1989, Egea compra a los socios 36.772 acciones, al cambio del 100%, por un total de 1.838.600.000 pesetas; acordándose la reducción del capital de Egea por importe de 2.538.786.000 pesetas, de las que 1.838.600.000 pesetas corresponden a la autocartera adquirida en 29 de Noviembre anterior, y 700.087.800 pesetas, al resto de las 50.731 acciones, cuyo nominal se reduce de 50.000 pesetas a 36.200 pesetas, con devolución a los socios de 13.800 pesetas por acción. 11) Venta por parte de los socios, en fecha 2 de Agosto de 1991, de 41.936 acciones de Egea a Zahor, por un importe total de 1.289.120.560 pesetas. Y 12) Mediante escritura de 17 de Diciembre de 1992, los accionista venden el resto de sus 8.795 acciones de Egea a Zahor por un total de 273.779.555 pesetas. Y en la misma fecha los accionistas suscriben una ampliación de capital de Zahor por un total de 57.742.500 pesetas, contabilizándose la diferencia existente entre dichas operaciones en las cuentas acreedoras de Zahor en concepto de préstamo al 12% de interés anual.

como aportación no dineraria, la totalidad de las acciones de Chocolates Hueso. Los accionistas de Chocolates Hueso defenderían que esta era la transmisión que para ellos generaba el incremento de patrimonio, frente a lo cual la Administración afirmaría el carácter simulado de esta transmisión teniendo en cuenta el conjunto de las operaciones subsiguientes.

En efecto, de inmediato, se constituyó otra sociedad, denominada Inversiones Egea, S.A. y se acordó una segunda ampliación de capital en Aloña, vendiendo los accionistas los derechos de suscripción en la ampliación en Aloña a favor de Inversiones Egea, por un precio total de 4.375.000.000 pesetas. Tanto Egea como Aloña son sociedades en régimen de transparencia fiscal. La sociedad Inversiones Aloña vuelve a ampliar capital a continuación en 4.375.000.000 pesetas, ampliación suscrita íntegramente por los accionistas, que efectúan el pago aportando sus créditos contra Inversiones Egea, por la anterior compra de derechos de suscripción por el mismo importe.

A continuación, se revalorizaron las acciones de Chocolates Hueso hasta 4.150.000.000 pesetas y se escindió el establecimiento que no se iba a transmitir, mientras que el resto de la actividad se vende a Cadbury Schweppes, mediante la venta de las acciones de Chocolates Hueso después de la escisión.

Unos meses más tarde, Egea compra a los socios 36.772 acciones propias, al cambio del 100%, por un total de 1.838.600.000 pesetas, acordándose la reducción del capital de Egea por importe de 2.538.786.000 pesetas, de las que 1.838.600.000 pesetas corresponden a la autocartera adquirida anteriormente y 700.087.800 pesetas, al resto de las 50.731 acciones, cuyo nominal se reduce de 50.000 pesetas a 36.200 pesetas, con devolución a los socios de 13.800 pesetas por acción. Finalmente, se produce la venta por parte de los socios del resto de sus acciones a la sociedad operativa que subsistía y que había sido la beneficiaria de la escisión.

3.4.2.2.- En realidad, el relato de los hechos que aparece en las sentencias comentadas resulta bastante incompleto, pero ello va a ser coherente con el enfoque que finalmente hace el Tribunal Supremo. Para éste, como ya había advertido la Audiencia Nacional, lo único relevante es que nos hallamos ante una serie de operaciones dirigidas a eludir la tributación en el IRPF de unos socios correspondiente a las rentas derivadas de la transmisión de unas acciones de las que esas personas físicas eran titulares en una sociedad que parcialmente iba a ser vendida a un tercero. Por este motivo, el Tribunal Supremo va a comenzar afirmando que *<<[l]o que con estas operaciones se pretendía era descapitalizar Chocolates Hueso, y ocultar unas plusvalías primero latentes, y luego reales, desplazándolas a otras sociedades propiedad de los accionistas de Hueso y en régimen de transparencia>>*. Y a continuación la propia Sala asume que *<<[v]amos a prescindir para nuestro análisis de examinar los mecanismos utilizados para recobrar las plusvalías generadas en*

estas operaciones, y nos vamos a ceñir al análisis de las mencionadas en los párrafos anteriores>>. Porque lo fundamental de estas sentencias son las consideraciones generales que la Sala hace en los dos últimos fundamentos de derecho¹⁰².

Tales consideraciones son del siguiente tenor:

NOVENO:

[...]

Es verdad que el principio de autonomía de la voluntad permite las operaciones descritas. Pero es indudable que necesitan ser explicadas cuando son cuestionadas.

Aquí en este litigio no se ha dado ninguna explicación razonable de cuales son las realidades económicas a las que se pretendía hacer frente con estas operaciones tan inusuales.

Los negocios jurídicos responden a necesidades de la vida real, pero la vida real no puede ser disfrazada. En nuestra opinión aquí todo ha sido irreal. Se han montado negocios jurídicos que pese, a haber sido celebrados ante notario e inscritos en el Registro Mercantil, lo que pretendían era ocultar la realidad subyacente a ellos.

El cumplimiento de las formalidades legales propias de un negocio no hace a éste real por ese sólo hecho. Es necesario que responda a las peculiaridades que en cada caso concurren y que se den en la realidad las condiciones que le hagan posible y razonable.

La vida económica, y las decisiones que en ese ámbito de la actividad humana se adoptan, necesitan ser creíbles. Operaciones de la magnitud descrita, tanto en términos absolutos como relativos, exigen una explicación que en este recurso no ha sido ni siquiera intentada.

No hay que olvidar que todos los negocios han sido realizados mediante personas jurídicas cuyos accionistas eran los mismos y en idéntica proporción que en la sociedad originaria "Chocolates Hueso".

Además, y como la sentencia impugnada recoge, aunque de este dato altamente significativo extrae pocas conclusiones, todas las operaciones

¹⁰² En el caso de la STS de 18 de marzo de 2008, esas consideraciones decisivas se hacen en los fundamentos de derecho noveno (in fine) y décimo. En otras de estas sentencias, tales consideraciones se hacen también en los correspondientes fundamentos noveno y décimo o bien en los fundamentos séptimo y octavo.

se han realizado en un período de tiempo escaso. Y decimos que este dato es significativo porque es preciso tener en cuenta que cada una de estas operaciones, dada su envergadura, necesita un tiempo para su asimilación del que en el asunto enjuiciado no se ha dispuesto.

En el fondo, lo que se ha intentado y la inspección tributaria lo ha puesto brillantemente de relieve, ha sido convertir las grandes plusvalías generadas por una empresa, en acciones de otras empresas cuyo valor se fija a voluntad de sus dueños, que, siempre, son los mismos, y en la misma proporción, que los que lo eran en la empresa generadora de las plusvalías, y ello mediante operaciones económicas que, desde el punto de vista temporal, requerían de un tiempo del que no se dispuso.

DECIMO.- Las conclusiones que de esta larga reflexión se obtienen son:

a) Que cuando se hace un análisis de los hechos económicos que subyacen en los negocios jurídicos que sirven de cobertura a los hechos imponibles liquidados no se hace una interpretación económica de estos, sino una interpretación ineludible de la realidad social, (artículo tercero del Código Civil) realidad que por tener naturaleza económica exige que no se desconozcan los principios que rigen la vida económica.

b) Que cuando una Sala de Justicia, afirma que unos negocios son reales material y formalmente, pero que en su conjunto no ha existido el desplazamiento patrimonial que estos exigen, lo que, en realidad, está diciendo es que estos negocios aunque formalmente celebrados, individualmente considerados no han existido. Por todo ello, y aceptando las presunciones de las resoluciones impugnadas hemos de concluir en la simulación de todos los negocios subyacentes.

c) Afirma el recurrente, que es innegable la realidad de las transmisiones de los bienes, Chocolates Hueso, a un tercero, por lo que es imposible aceptar la simulación. Al hacer semejante afirmación olvida la perspectiva de las sentencias que dictamos, que son estrictamente tributarias, con efectos en este campo de modo exclusivo, y que en modo alguno pueden afectar a terceros que no han sido parte en este pleito.

La simulación se contempla y analiza respecto a la Hacienda Pública y quedan imprejuzgadas las relaciones inter-privatos.

d) Finalmente, no se puede olvidar que la alegación de prescripción formulada por el recurrente tiene una petición de principio consistente en que el hecho imponible tuvo lugar cuando se transmitieron las acciones desde "Chocolates Hueso" a "Inversiones Aloña". Ya la sentencia de instancia afirma que esa transmisión no tuvo lugar, porque los actores mantuvieron el valor económico y el poder de disposición de los bienes

transmitidos. De este modo, el hecho imponible no tuvo lugar en 1989, como afirma el recurrente, sino a lo largo de todo el proceso, lo que excluye la prescripción invocada. Además, y como hemos razonado, y a los efectos de este recurso, de modo secundario y a mayor abundamiento, y respetando lo que en otras resoluciones firmes se haya declarado, la interrupción de la prescripción tuvo lugar en Junio de 1995, sin que pueda entenderse que hasta el 15 de Marzo de 1996 hubo paralización de actuaciones a la vista del contenido del acta de aquella fecha.

3.4.2.3.- En estos párrafos se consolida todo un cambio de tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Destaquemos pues los aspectos que a nuestro juicio revisten mayor importancia:

- a) En primer lugar, el Tribunal Supremo se aleja de un análisis aislado de cada una de las operaciones realizadas y de la causa de cada una de ellas, para centrar su atención en el conjunto de tales operaciones y en la finalidad última perseguida por ese complejo negocial.
- b) Por supuesto, en este camino, el Alto Tribunal no deja de hacer una aproximación en cierto modo intuitiva y, por ello, no exenta de peligros. Por un lado, el Tribunal Supremo, como antes la Audiencia Nacional, resalta la respuesta obvia a la pregunta de cuál era el fin último de todas estas operaciones, que no era otro que disminuir o eludir una carga fiscal. Y, por otro lado, el Tribunal Supremo insiste en la artificiosidad o manifiesto carácter inusual de las operaciones realizadas y en la importancia que revisten tanto la desmesura de las operaciones mercantiles como el escaso tiempo que transcurre entre los diferentes eslabones de la cadena de operaciones.
- c) En tercer lugar, el Tribunal Supremo corrige la doctrina tradicional sobre la carga de la prueba en estos casos. En efecto, venía admitiéndose, aunque sin reflexionar sobre sus límites, que en la aplicación de las normas antielusión la carga de la prueba incumbe a la Administración al ser ésta la que afirma la anomalía o el carácter fraudulento del negocio. Sin dejar de ser ello cierto en principio, el Tribunal Supremo va a afirmar que ante operaciones manifiestamente artificiosas y con un indudable propósito fiscal corresponde a la parte recurrente la carga de la prueba de la justificación económica de tales negocios. Dicho de otro modo, habiéndose limitado la Administración a poner en evidencia esa artificiosidad, la carga de la prueba se desplaza e incumbe ya al recurrente aportar prueba suficiente de las razones o motivos económicos o de otro tipo. En estas sentencias el Alto Tribunal llega a afirmar que las operaciones económicas necesitan ser creíbles y a exigir que se dé una explicación de las razones de tales operaciones, reprochando al recurrente que no haya

intentado siquiera aportar esa explicación de la justificación económica de los negocios realizados. En suma, el Tribunal Supremo recoge una de las consecuencias de la teoría de los motivos económicos válidos, la cual trae consigo que corresponda al contribuyente probar tales motivos cuando de éstos depende la licitud fiscal de una operación o complejo negocial.

- d) Finalmente, el Tribunal Supremo termina situando su doctrina en el terreno de la simulación. En este caso, la postura de la Administración era coincidente. Ciertamente, en otros casos, como veremos, el Tribunal Supremo ha utilizado argumentos similares cuando la Administración había acudido al negocio indirecto o, inclusive, al fraude de ley. Pero lo que va a caracterizar la doctrina del Tribunal Supremo es la afirmación del carácter simulado de negocios, aparentemente realizados y queridos, cuando sin embargo no ha existido en última instancia un verdadero desplazamiento patrimonial. Tal doctrina tiene como es obvio profundas consecuencias en el terreno sancionador o punitivo, aunque el Tribunal Supremo en este caso acabara sus reflexiones recordando que su afirmación de la existencia de simulación se hace a los solo efectos tributarios.

En definitiva, el Tribunal Supremo va a asumir que este conjunto de operaciones constituían una simulación dirigida exclusivamente a evitar la debida tributación en el IRPF de la renta realmente obtenida por unos socios o accionistas que habían transmitido las acciones de una sociedad operativa a un tercero. En consecuencia, se prescinde de la aportación inicial a una sociedad transparente interpuesta, de los negocios a través de ésta y de otra sociedad transparente y de la transmisión realizada a un tercero, formalmente desde la primera de estas dos sociedades de inversión, para entender que fueron realmente los accionistas iniciales quienes hacen esa transmisión como si todas las demás operaciones no hubieran existido.

3.4.2.4.- También en 2008, el Tribunal Supremo va a resolver un caso semejante, el que podemos denominar caso DAMEL, abordado por el Alto Tribunal en varias sentencias, siendo las dos primeras de la misma fecha, 6 de noviembre de 2008 (recursos de casación núm. 6840/2005 y núm. 6920/2005)¹⁰³.

En el caso DAMEL, el relato de los hechos responde a un caso más de venta de derechos de suscripción como camino para llevar a cabo en realidad o

¹⁰³ El caso nuevamente se refiere a la venta de una compañía instrumentada a través de la enajenación de derechos de suscripción, antes de la vigencia del Real Decreto-ley 1/1989, de 22 de marzo. En consecuencia, el Tribunal Supremo aborda en diferentes sentencias distintos recursos de casación interpuestos por otros tantos socios vendedores. La última de las sentencias del Tribunal Supremo en el caso DAMEL es la de fecha 18 de marzo de 2010, en el recurso de casación núm. 5196/2005.

desde el punto de vista económico la transmisión de una sociedad o de la entidad dominante de un grupo o del propio grupo como un todo. En el caso de referencia, la Administración entendió que existía un negocio simulado, con simulación relativa, de forma que el único negocio existente era la venta de DAMEL, S.A. a un tercero independiente, siendo simulados los demás negocios realizados y, en particular, la venta de los derechos de suscripción a favor de la propia DAMEL, S.A. derivados de la ampliación de capital llevada a cabo en una entidad denominada MABLY, S.A., la cual era la entidad tenedora de las marcas del grupo. En efecto, MABLY, previo reparto de las reservas disponibles, amplió su capital de 1.800.000 a 19.800.000 pesetas. Las personas físicas dueñas de MABLY no ejercieron su derecho de suscripción preferente y transmitieron en 1988 sus derechos de suscripción a DAMEL, con un precio aplazado que se satisfizo en 1990 y 1991. De esta manera, DAMEL adquirió el 90,9 por 100 de MABLY. En 1990, esas mismas personas físicas vendieron la totalidad de las acciones de DAMEL a un tercero independiente quien al adquirir esta compañía adquirió indirectamente MABLY. Los pagos de la compra de DAMEL se instrumentaron de forma que la tesorería satisfecha por dicho tercero se condujo en gran parte a través de la propia DAMEL, a fin de que ésta pagara la deuda que tenía con los socios de MABLY por el precio aplazado de la compra de los derechos de suscripción. Ese tercero, en el contrato de compraventa de las acciones de DAMEL, se había hecho directamente responsable de esa deuda que figuraba como un pasivo exigible en el balance de la compañía comprada. Con estos indicios, la Administración entendió que la venta de los derechos de suscripción de MABLY era un negocio simulado que encubrió el único negocio realmente existente que no era otro que la venta de DAMEL a un tercero.

El caso presenta como primera peculiaridad, presente en muchos otros entonces, que el TEAR estimó las reclamaciones de los socios personas físicas. Hubo de ser el TEAC el que respaldara el proceder de la Administración tras el oportuno recurso de alzada del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo van a confirmar la resolución del TEAC y la consideración de que la venta de derechos de suscripción constituía un negocio simulado.

Por supuesto, como el Tribunal Supremo recuerda en sus sentencias, la comprensión del caso exige tener en cuenta cómo era la tributación entonces de la enajenación de derechos de suscripción. Bajo la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el importe de la venta de los derechos de suscripción disminuía el coste de adquisición de las acciones. De esta manera se producía un régimen de diferimiento del gravamen, pues la transmisión de los derechos de suscripción preferente sólo tenía trascendencia fiscal cuando finalmente se transmitía el título al que se encontraban ligados los mismos. Como ya se había señalado en sentencias anteriores del Tribunal Supremo, este régimen tributario, de diferimiento de la

tributación de la enajenación de los derechos de suscripción, fue aprovechado para instrumentar la transmisión de sociedades mediante la reducción de capital, con reembolso a los accionistas, que conservaban una porción simbólica, con inmediato aumento de capital, renuncia a los derechos preferentes de suscripción y enajenación de estos al adquirente de la empresa, el cual suscribía el aumento de capital, convirtiéndose prácticamente en el único accionista. Así, se pretendía evitar la tributación de la venta de la empresa, dejando una participación mínima en poder de los antiguos accionistas con un coste de adquisición negativo tras la enajenación previa de los derechos de suscripción. Esa participación simbólica encerraba unos potenciales incrementos de patrimonio, si tales acciones antiguas se enajenaban, lo cual se evitaba manteniendo aparentemente esa participación.

Este régimen fiscal se modificó por medio del Real Decreto-ley 1/1989, de 22 de marzo, cuya exposición de motivos ya señalaba que la utilización de las normas anteriores había dado lugar, en los últimos tiempos, *“a una proliferación de operaciones que, bajo la apariencia de una simple enajenación de derechos de suscripción, han pretendido ocultar una verdadera transmisión total o parcial del activo social sin tributación de plusvalías por parte del transmitente, llegando incluso al dudoso y, desde luego, difícilmente comprensible resultado de computar para las personas físicas transmitentes un valor de adquisición negativo, a efectos fiscales, de los valores de los que proceden los derechos”*. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 1/1989, de 22 de marzo, se modificó el régimen fiscal de los derechos de suscripción preferente de los valores mobiliarios que no cotizaban Bolsa y el importe obtenido por la transmisión de tales derechos de suscripción pasó a considerarse un incremento de patrimonio a efectos del IRPF o del Impuesto sobre Sociedades.

De esta manera, en un caso como éste, los socios recurrentes alegaron especialmente que la regularización llevada a cabo por la Administración implicaba una aplicación anticipada y retroactiva de la propia reforma llevada a cabo por medio del Real Decreto-ley 1/1989. En realidad, así era materialmente, puesto que la apreciación de la simulación conducía al resultado fiscal pretendido por la reforma, como igualmente hubiera sucedido de haberse aplicado la figura del fraude de ley. Sin embargo, los tribunales de justicia no valoraron este argumento, entendiendo que las operaciones eran económicamente incomprensibles y sólo pretendían evitar la tributación de las rentas obtenidas en la transmisión de una sociedad.

En el caso DAMEL, el Tribunal Supremo se limita a acoger los argumentos de la sala de instancia. La Audiencia Nacional había admitido una simulación que se desprendía de los señalados indicios, afirmando incluso que la participación simbólica mantenida por los socios era detentada con carácter meramente fiduciario. La Sala negó también que se hallase ante una economía de opción,

haciendo referencia, como era frecuente entonces, a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de julio de 2002, así como a la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2000, de 17 de febrero de 2000. El Tribunal Supremo confirmó el planteamiento de la Audiencia Nacional sin entrar en la valoración de la prueba y de los indicios de simulación realizada por la Sala de instancia.

3.4.2.5.- Como ya hemos advertido, el caso DAMEL se inscribe en el marco de los casos relacionados con transacciones dirigidas a la transmisión de participaciones de control a través de la previa enajenación de derechos de suscripción. Tras algunas vacilaciones, y como hemos visto ya en el caso DAMEL, la postura que prevaleció fue la de considerar estas operaciones como negocios simulados¹⁰⁴. Siendo las del caso DAMEL las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre este tipo de operaciones vienen casi a coincidir con tres sentencias del año 2009 y de la misma fecha 7 de octubre de 2009 (recursos de casación núm. 4127/2006, núm. 459/2004 y núm. 2931/2003¹⁰⁵).

Estas sentencias confirman la consideración de los negocios como simulados y poco aportan en sí mismas respecto de tales operaciones. Y, sin embargo, merecen una cita aparte, en la medida en la cual anticipan cuestiones futuras, en varios sentidos. En primer lugar, estas sentencias, en comparación con otras sobre transmisiones de participaciones con enajenación previa de derechos de suscripción, ponen de manifiesto como los enfoques de las sentencias del Alto Tribunal pueden ser distintos en relación con el mismo tipo de asuntos en atención al magistrado ponente en cada ocasión. Por otra parte, estas sentencias ponen asimismo de manifiesto cómo puede existir una cierta relación entre este tipo de asuntos y la solución dada en estos casos a cuestiones procedimentales, como la prescripción derivada del incumplimiento del plazo de duración de las actuaciones inspectoras¹⁰⁶. Finalmente, la Sala recoge una doctrina con pretendido valor general, que enlaza directamente con

¹⁰⁴ Una excepción a esta regla la constituyen las sentencias de 6 y 7 de marzo de 2009 (recursos de casación núm. 2824/2003 y núm. 5987/2003), relativas al mismo caso, en las cuales el Tribunal Supremo asume sin más el planteamiento de la Administración tributaria que entendió en tal caso existente un negocio indirecto.

¹⁰⁵ En la primera y la última de estas sentencias, el ponente es el magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Vicente Garzón Herrero. La sentencia en el recurso núm. 459/2004 tiene como ponente al Magistrado Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce.

¹⁰⁶ En estas sentencias, la Sala debatió la validez de una diligencia para evitar una paralización injustificada del procedimiento inspector por más de seis meses. La diligencia tenía por objeto básicamente la solicitud de un poder de representación del compareciente, contenido que fue considerado bastante para dar relevancia a la misma, con un criterio no compartido por el magistrado Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce como expuso en el correspondiente voto particular. Años después, como veremos, un debate similar se dará en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (caso Sara Lee).

las sentencias del caso “Chocolates Hueso”. Así en el fundamento de derecho sexto de la Sentencia en el recurso núm. 4127/2006, se dice lo siguiente:

SEXTO.- Los principios jurídicos que han de regir nuestra interpretación de los hechos son los siguientes:

A) El principio de autonomía de la voluntad, que en nuestro derecho proclama el artículo 1255 del Código Civil , constituye una bóveda de nuestro sistema jurídico, pero este principio no consagra los negocios imaginarios, irreales, aparentes y tampoco los inexistentes o ficticios.

B) En materia tributaria, y al ser Hacienda un tercero ajeno a los negocios jurídicos e interesado en sus contenidos, los contratantes deben justificar, cuando son requeridos para ello, la naturaleza, circunstancias y datos que permitan valorar el negocio celebrado, requerimientos de información específicos que configuran el marco de potestades de la Administración a que se refieren los artículos 109 y siguientes de la L.G.T.

C) Esa justificación no ha de ser necesariamente económica pudiendo ser diversa su razón última.

D) Los negocios de naturaleza económica han de ser interpretados, entendidos, sustancialmente desde los parámetros económicos que han regido su celebración, pues es ese ámbito en el que están llamados a desenvolverse de manera predominante, y, por tanto, es esa la realidad social contemplada.

E) Exigen una explicación, especialmente intensa, aquellos negocios que implican operaciones económicas inusuales y que requieren de unas disponibilidades financieras, que, en principio, no parecen naturales en las entidades económicas que llevan a cabo esos negocios.

F) La realidad de estos negocios es difícilmente aceptable cuando las operaciones económicas celebradas tienen lugar y se suceden en unos lapsos temporales mínimos (a veces de días), porque la asimilación económica de los efectos económicos propios de ese tipo de actuaciones requiere periodos temporales mucho más largos.

G) Aquellos negocios que implican una pérdida del poder de disposición sobre bienes jurídicos son especialmente dudosos cuando esa pérdida de disposición es sólo aparente, pues la realidad demuestra que hay instrumentos jurídicos por los que se mantiene el poder de disposición pese a aparentar que se ha perdido.

H) Las reglas probatorias establecidas en el ámbito civil respecto de este tipo de negocios no son automáticamente aplicables al ámbito tributario por ser la Hacienda un tercero ajeno al contrato, lo que no siempre acaece en el ámbito civil, y, por ostentar una potestad de indagación sobre la naturaleza del negocio de la que carecen los particulares en el proceso civil, y a la que ya antes nos hemos referido.

Esta doctrina va a citarse luego en algunas otras sentencias como la de 15 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 1048/2007). En otras en cambio, se confirmará la apreciación de simulación con argumentos y enfoque diferentes. Así sucede en el caso de las Sentencias relativas al caso “Gil y Carvajal”, desde la de 20 de noviembre de 2008 (recurso de casación núm. 4599/2006), hasta la de 5 de julio de 2011 (recurso de casación núm. 329/2007¹⁰⁷). O de las Sentencias de 29 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 4499/2007¹⁰⁸) y de 12 de julio de 2012 (recurso de casación núm. 90/2009).

3.4.2.6.- En el año 2008, distinto es el caso TRES A, abordado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (recurso de casación núm. 5442/2004). Una vez más, nos hallamos ante complejos negociales vinculados a la venta de una sociedad por un grupo familiar. Poco aporta en este caso la Sentencia del Tribunal Supremo, que se limita a confirmar el criterio de la Administración. Lo curioso del caso es el proceder de la Administración, propio de las dudas que muchas veces acompañan a estas regularizaciones.

Las actuaciones inspectoras se desarrollaron en 1996, en relación con unas operaciones de 1991. Básicamente, ante una inminente venta a un tercero, los accionistas de una entidad denominada TRES A, procedieron a transmitir días antes sus acciones a 14 sociedades del mismo grupo familiar que o eran sociedades en transparencia fiscal controladas por sociedades de inversión mobiliaria o bien eran estas mismas. En consecuencia, las rentas obtenidas en la transmisión se atribuyeron a las sociedades de inversión mobiliaria que cotizaban en bolsa, sujetas al tipo del 1 por 100. La Inspección de los Tributos consideró inicialmente que se hallaba ante “un caso claro de simulación de negocios”, para luego cambiar de criterio y entender que las operaciones suponían un negocio indirecto y evitar la imposición de sanciones.

¹⁰⁷ En estas sentencias el Tribunal Supremo respaldó el criterio de la Audiencia Nacional contrario al del TSJ de Madrid, que había negado la existencia de simulación en estos casos.

¹⁰⁸ Destaca el fundamento de derecho sexto de esta sentencia, en el que se hace un resumen de la cuestión del tratamiento de las enajenaciones de derechos de suscripción, se confirma la existencia de simulación y se excluye la posible aplicación de la figura del negocio indirecto una vez derogado el artículo 25.3 de la LGT 1963.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo respaldaron la regularización realizada por la Administración, atribuyendo las rentas a las personas físicas inicialmente vendedoras, pero consideraron que en realidad las operaciones constituían una simulación negocial¹⁰⁹.

3.4.2.7.- Tras estas sentencias, el Tribunal Supremo va a resolver también en el año 2008 un último caso de especial relevancia. Nos referimos al caso FINSA-Forestal del Tambre y las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2008 y 18 de marzo de 2009 (recursos de casación núm. 158/2004 y núm. 43/2004).

Una sociedad denominada FIBRANOR acordó una reducción de capital el 27 de abril de 1994, que se elevó a escritura pública el 28 de junio de 1994, para acordar a continuación una ampliación de capital el día 29 de junio, permitiendo así la entrada de una entidad denominada MITSUI con una participación del 13,624%. Para ello, la ampliación de capital se hace con renuncia expresa de los anteriores accionistas de FIBRANOR a su derecho de suscripción preferente. La reducción de capital con devolución de aportaciones se hizo por un importe de 1.005.000.000 de pesetas, siendo la ampliación de capital de 264.200.000 de pesetas con una prima de 1.035.800.000 de pesetas. Para la Inspección de los Tributos, las operaciones sucesivas de reducción y aumento de capital constituían un fraude de ley, dirigido a evitar que tributase en el Impuesto sobre Sociedades de las entidades socias la renta obtenida en la venta a un tercero de una participación en FIBRANOR. Es decir, bajo la apariencia de una reducción y un aumento de capital se encubría en realidad la transmisión de una participación, con el fin de lograr que la renta percibida por los socios se considerase procedente de una reducción de capital con devolución de aportaciones, dando lugar a una reducción del coste de adquisición de la participación y a un diferimiento del gravamen de esa ganancia patrimonial. FINSA y Forestal del Tambre eran los dos socios de FIBRANOR y a cada uno de ellos se refieren las dos sentencias mencionadas.

El Tribunal Supremo confirma el planteamiento de la Inspección de los Tributos con argumentos en parte traídos de la doctrina sentada en el caso “Chocolates Hueso”¹¹⁰. Para el Alto Tribunal, *<<[p]arece evidente la imposibilidad racional de que una sociedad, FIBRANOR, pueda practicar, debido al buen funcionamiento de la empresa, una reducción de capital de 1.005.000.000 pesetas y, en breve espacio temporal y sin que exista ningún cambio importante en la situación económica de la entidad, una ampliación de capital en 264.200.000 pesetas con una prima de 1.035.800.000 pesetas. Así lo*

¹⁰⁹ Este caso dará lugar posteriormente a otras Sentencias del Tribunal Supremo como las de 25 de febrero de 2010 (recursos de casación núm. 634/2005 y 1238/2005) y de 4 de marzo de 2010 (recurso de casación núm. 6628/2004).

¹¹⁰ El ponente de las sentencias es el Excmo. Sr. Don Manuel Vicente Garzón Herrero.

señala la sentencia de instancia en el FJ Séptimo cuando establece que <se utilizan las formas jurídicas de reducción y posterior ampliación de capital para finalidades que no son las propias de estos instrumentos jurídicos pues, si bien la reducción de capital puede tener la finalidad de devolver las aportaciones a los socios, ello sólo será así en el caso de que la entidad tenga un exceso de recursos; y, si existe ese exceso de recursos y se procede a su devolución a los accionistas, carece de sentido que inmediatamente después se recaben nuevas aportaciones a través de una ampliación de capital>.

Y el Tribunal Supremo añade lo siguiente:

No cabe duda que el principio de autonomía de la voluntad permite las operaciones descritas, pero es indudable que, cuando éstas son cuestionadas por la Administración, necesitan ser explicadas las razones económicas y de otro orden que justifican este tipo de actuaciones, lo que no sucede en este caso, en el que no se ha dado ninguna motivación razonable de cuáles son las realidades a las que se pretendía hacer frente con estas operaciones tan inusuales.

El cumplimiento de las formalidades legales propias de un negocio no hace a éste real por ese sólo hecho. Es necesario que responda a las peculiaridades que en cada caso concurren y que se den en la realidad las condiciones que le hagan posible y razonable. No hay que olvidar que las operaciones aquí contempladas (reducción y ampliación de capital, de modo casi simultáneo) presuponen realidades económicas opuestas, razón por la que su puesta en práctica exige una motivación adicional. Ha de concluirse razonablemente, en ausencia de esta motivación, que la explicación de este paradójico comportamiento económico ha de estar al margen de las operaciones económicas analizadas.

(STS 11-12-2008; FD 5º)

Conviene recordar que nos hallamos en este caso ante una calificación discutida de fraude de ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la LGT 1963. En el caso “Chocolates Hueso” se trataba de un caso de simulación, al menos en el enfoque del propio Tribunal Supremo. Sin embargo, en estas sentencias se inicia esta tendencia a razonar atendiendo a la falta de justificación económica de las operaciones. Esta ausencia de motivos económicos lleva a negar la ventaja fiscal pretendida y a restablecer el régimen fiscal eludido, sobre la base de argumentos similares con independencia de que en cada caso la Administración iniciara el camino hablando de simulación o de fraude de ley, que luego hubiera sido conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Por otra parte, el Tribunal Supremo reitera sus referencias a dos circunstancias que considera cruciales y que, en realidad, se van a dar en la inmensa mayoría de los casos que van a ir llegando al Alto tribunal en los años siguientes. Por un lado, el Tribunal Supremo llama la atención sobre la circunstancia de hallarnos ante negocios realizados por una sociedad y sus propios socios; es decir, nos encontramos ante operaciones entre entidades de un mismo grupo o entre partes vinculadas. Por otra parte, todas las operaciones se han realizado en un período de tiempo escaso, premura que en este y en otros casos al Tribunal Supremo le resulta especialmente significativa¹¹¹.

3.4.2.8.- Tras estas sentencias, el análisis de la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo nos lleva hasta un nuevo caso relevante, resuelto en diferentes sentencias del Alto Tribunal, citadas con frecuencia posteriormente. Nos referimos al caso DASA-CVCP (Compañía Valenciana de Cementos Portland). Tras alguna sentencia anterior sobre este mismo caso, como la de 4 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 4840/2006), hallamos la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 (recurso de casación núm. 4820/2006), seguida por otras entre las que destacan las de 25 de marzo de 2010 (recurso de casación núm. 2559/2006) y la 6 de mayo de 2010 (recurso de casación núm. 7524/2005)¹¹².

¹¹¹ A estas entidades se refiere también la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 (recurso de casación núm. 4281/2004). Nos hallamos, sin embargo, ante una operación distinta en la que la entidad FINSA aportó a “Forestal del tambre, S.L.” una participación en una entidad portuguesa. Para la Inspección de los Tributos la aportación constituía una mera apariencia construida con el propósito de evitar la reversión de la provisión por depreciación de esa participación en la entidad residente fiscalmente en Portugal. El Tribunal Supremo, como ya había hecho la Audiencia Nacional, respalda la postura de la Administración tributaria pues nos hallamos ante una operación entre partes vinculadas, sin que exista una verdadera alteración patrimonial, sino un puro cambio de titularidad con la finalidad fiscal de consolidar una pérdida cuando la entidad portuguesa comenzaba a obtener unos beneficios que obligarían a revertir la provisión.

¹¹² Antes, el Tribunal Supremo dictó dos sentencias con cierta importancia de nuevo sobre operaciones que descansaban sobre el tratamiento de la transmisión de derecho de suscripción. Se trata de las sentencias de 14 de enero y 3 de febrero de 2010 (recursos de casación 5937/2004 y 4555/2004).

En la primera de estas sentencias, destaca el fundamento de derecho sexto. La Administración tributaria había conducido la regularización tributaria a través de la simulación relativa de los negocios realizados. El Tribunal Supremo al confirmar la sentencia de la Audiencia Nacional trae a colación el discurso que nace del caso “Chocolates Hueso” y razona dando una importancia decisiva a la finalidad fiscal de las operaciones en un camino que le lleva a construir realmente una simulación tributaria no coincidente con la simulación civil. Para el Alto Tribunal, la sentencia de instancia no ha juzgado relaciones privadas, sino las consecuencias tributarias de las mismas, concluyendo que su única razón de ser es producir unos determinados efectos para el sistema tributario y contrarios a los intereses generales que el mismo representa. En casos como éste, hay que acudir a la auténtica intención de las partes de manera que la verdadera causa de las operaciones realizadas es “la alteración de la aplicación del sistema tributario”, por lo que habría que concluir que estamos ante un supuesto típico de simulación relativa.

De nuevo nos encontramos ante una elusión fiscal construida en torno a transmisiones de participaciones. En 1990 los miembros de una familia eran los socios de la sociedad transparente DASA, la cual era titular de la mayor parte de la participación de la familia en la Compañía Valenciana de Cementos Portland (en adelante CVCP). En marzo de 1990, DASA adquiere un paquete importante de acciones que BANESTO poseía de la CVCP. Entre julio y octubre del citado año DASA enajena dicho paquete de acciones obteniendo una plusvalía de 10.048.924.655 ptas., aunque la venta del citado paquete se realiza, básicamente, a sociedades del mismo grupo CVCP, así como a algún banco extranjero.

Como ya hemos advertido, DASA era una sociedad transparente. La base imponible derivada de la transmisión de las acciones de CVCP debía imputarse a los socios que lo fueran al final del ejercicio 1990. Para evitar esta imputación, las personas físicas de la familia propietaria realizaron una serie de operaciones con el objeto de evitar que la citada base imponible se les imputara. En síntesis, adquirieron sociedades con bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de compensar y traspasaron a las mismas las acciones de DASA, así como a Sociedades de Inversión Mobiliaria. En esta venta de las acciones de DASA valoraron las acciones transmitidas según su valor teórico a tenor del último balance aprobado antes pues de la transmisión de las acciones de CVCP.

La Administración tributaria abordó las operaciones considerando que se había producido un fraude de ley. Obviamente, el caso DASA-CVCP tiene una evidente similitud con el tratado en las sentencias relativas al caso TRES A, que hemos analizado con anterioridad. Nos hallamos ante negocios que conducen ganancias patrimoniales hacia sociedades de inversión mobiliaria buscando la favorable tributación de estas. Llama pues la atención los diferentes caminos seguidos por la Administración en cada caso. Como hemos expuesto antes, en el caso TRES A, la Administración consideró primero que había existido una simulación para después acudir a la figura del negocio indirecto. En cambio, en el caso DASA-CVCP, la Administración acudió directamente a la aplicación del fraude de ley previsto en el artículo 24 de la LGT 1963.

El Tribunal Supremo acepta este enfoque¹¹³ y ya en las primeras sentencias, las de 4 de diciembre de 2008 y 25 de febrero de 2010, aporta como novedad un análisis de la existencia de las normas defraudada y de cobertura que flexibiliza la aplicación del fraude de ley. A pesar de la relevancia teórica de esta distinción, lo cierto es que nuestros tribunales nunca han dado excesiva importancia a la misma. Tales normas se han buscado y localizado como un

¹¹³ Aunque en sentencias anteriores el Tribunal Supremo había abordado la cuestión en otros complejos negocios desde la perspectiva de la simulación.

obstáculo formal a superar para llegar a la verdadera cuestión de la finalidad de los negocios y la justificación de la misma. Ahora se da un paso más y se acepta plenamente la posibilidad de que coincidan norma de cobertura y norma defraudada¹¹⁴. Se asume en el campo tributario una concepción moderna del fraude de ley próxima a las nociones de abuso de derecho y una teoría de la interpretación alejada de la pura literalidad de la norma.

3.4.3 Los casos relativos a la cesión de derechos de imagen y a operaciones de "lease back"

Para continuar este recorrido por los casos de esta segunda etapa en la construcción de la jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo, creemos conveniente hacer una breve referencia a dos categorías de supuestos que vinieron a resolverse asimismo hacia 2008.

¹¹⁴ La sentencia del Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho sexto señala lo siguiente:

Siempre se pone de ejemplo de la coincidencia de norma de cobertura y norma eludida el llamado fraude intrínseco, que tiene lugar cuando se trata de amparar la actuación en la letra de la Ley desconectando totalmente de su espíritu, sancionado ya en el Derecho Romano (Digesto 1.3.29), al margen de que hoy se entienda fácilmente detectable como acto "contra legem" a partir de una interpretación que tenga en cuenta el sentido lógico de la norma y, por tanto, también su espíritu.

Otro caso de coincidencia de norma de cobertura y norma aludida, aún cuando tenga cierta similitud con el antes indicado, es el de conductas que pretenden ampararse en lo que las leyes no dicen a fin de evitar un mandato imperativo de la misma, poniéndose como ejemplo la aportación a sociedad de una finca urbana sujeta a arrendamiento cuando la ley concede un derecho de preferente adquisición al arrendatario en caso de venta.

En fin, la posibilidad de coincidencia ha de admitirse siempre a partir de una concepción moderna del fraude como es la que se establece en el Código Civil, cuyo artículo 6.4 no coloca frente a la norma de cobertura otra concreta y distinta, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto, al señalar que " los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir" . Y no puede olvidarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, señala que " el concepto de fraude de ley tributaria no difiere el concepto de fraude de ley ofrecido por el art. 6.4 del Código Civil ".

Y cabalmente, en los negocios contemplados en la sentencia impugnada, en los que el móvil perseguido ha sido el de elusión fiscal, declarado probado en la sentencia, es norma de cobertura la que supone exclusión de la imputación derivada de la transparencia fiscal de quienes no son socios al cierre del ejercicio social, pero desde aquella apreciación se convierte en norma básica de todo un conjunto normativo que ha tratado de ser eludido y que necesariamente ha de ser objeto de aplicación.

Esta doctrina ha sido reiterada en otras sentencias posteriores ajenas ya al caso DASA-CVCP, con cita de las sentencias de este caso. Curiosamente, se cita en ocasiones la Sentencia de 25 de marzo de 2010, aunque esta doctrina aparece ya plenamente en la de 25 de febrero de 2010. Las citas son más precisas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2016, en cuyo fundamento de derecho sexto vuelve a reiterarse esta posibilidad de que la norma defraudada y la norma de cobertura coincidan en una concepción moderna del fraude de ley en la que, en suma, la norma de cobertura no se enfrenta a una norma defraudada concreta sino al conjunto del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, abordaremos la cuestión de los derechos de imagen. Con anterioridad al régimen actual de los derechos de imagen en el IRPF, contenido hoy en el artículo 92 de la Ley vigente del impuesto (Ley 35/2006, de 28 de noviembre), la Administración tributaria cuestionó la validez del tratamiento diferenciado de los pagos en favor de deportistas profesionales como contraprestación de la cesión de tales derechos. La Administración entendió que tales pagos reflejaban una mayor retribución del deportista como trabajador por cuenta de una entidad deportiva. El Tribunal Supremo confirmó ese criterio.

En varias sentencias de 2008, como las de 25 de junio (recurso de casación núm. 3544/2003), 1 de julio (recurso de casación núm. 5296/2002) y 10 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 3770/2003), así como en la Sentencia de 15 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 7150/2003), el Alto Tribunal llega a aceptar en algún caso la existencia de simulación en los supuestos contratos entre el deportista y una sociedad tercera que sería la titular de los derechos de imagen de aquél o bien entiende que no se ha probado la existencia de los mismos. Y en todos los casos, el Tribunal Supremo parte de la existencia de dos tipos de derechos de imagen, unos diferenciados de la relación laboral y otros conectados con ella. Respecto de estos últimos, el deportista puede también disponer de ellos actuando de mutuo acuerdo con la entidad empleadora, pero sólo cuando el deportista se ha reservado expresamente tales derechos y hay una explotación independiente de los mismos. Los pagos vinculados a la propia actividad del deportista deben entenderse como retribuciones satisfechas a éste por la entidad deportiva y constituyen una retribución salarial del deportista.¹¹⁵

En la posterior Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (recurso de casación núm. 2800/2003)¹¹⁶, el Tribunal Supremo avanza en este enfoque para hablar claramente de una apariencia en la cesión de estos derechos, más allá del debate sobre la existencia o no de un contrato de cesión como tal en favor de la sociedad titular de los mismos. La Sentencia hace un repaso de todas las normas antielusión para llegar a la conclusión de hallarse ante un ardid o un artificio urdido para eludir la tributación adecuada a la capacidad económica puesta de manifiesto, de forma que tal ardid debe ser desenmascarado, cualquiera que sea la calificación que merezca. Casi de la misma fecha es la Sentencia de 18 de noviembre de 2009 (recurso de casación núm. 6446/2003)¹¹⁷ en la cual se acepta que las cantidades pagadas por derechos de

¹¹⁵ De 2008 es también la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008 (recurso de casación núm. 7710/2002; caso Viajes Halcón), en la que se aborda el tratamiento de los derechos de imagen percibidos por un no residente para entender que son rentas de un artista o deportista, en línea con lo que años más tarde dirán los comentarios al artículo 17 del MCOCDE.

¹¹⁶ Ponente Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

¹¹⁷ Ponente Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce.

imagen son una retribución laboral bien por la falta de prueba de la existencia de los contratos de cesión a la sociedad tercera, bien por el carácter instrumental y simulado de estos contratos o bien por la falta de una verdadera explotación independiente de esos derechos.

Años más tarde, en la Sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación núm. 6086/2008)¹¹⁸, el Tribunal Supremo vuelve a aceptar la recalificación genérica de estas cesiones de derechos de imagen, más allá de los cauces del fraude de ley. Entretanto, la modificación señalada del régimen de los derechos de imagen en el IRPF, por obra inicialmente de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, alterará ya en muchos casos los términos del debate que va a centrarse en la aplicación de la regla de imputación al deportista de las cantidades pagadas por la entidad deportiva en contraprestación de los derechos de imagen, cuando los rendimientos del trabajo obtenidos por el deportista sean inferiores al 85 por 100 de la suma de tales rendimientos y de las cantidades pagadas por derechos de imagen a dicho jugador o a una persona o entidad cesionaria de tales derechos. Este sistema de imputación de rentas aceptó en realidad la existencia de esta cesión de derechos de imagen hasta el 15 por 100 de la retribución total procedente de la entidad deportiva. No obstante, los tribunales españoles hubieron de enfrentarse a algunos otros casos de supuesta elusión fiscal mediando derechos de imagen si bien ya desde una perspectiva diferente¹¹⁹.

En cuanto a las operaciones de “lease back”, nos hallamos ante negocios cuyo propósito fiscal sólo encontraba explicación en la legislación entonces existente que permitía transmitir un elemento del inmovilizado evitando la tributación del incremento de patrimonio por la reinversión en otro elemento adquirido en leasing el cual, a su vez, daba lugar a un incremento de los gastos deducibles. De esta manera, algunas compañías transmitieron en apariencia ciertos activos a compañías de leasing las cuales en unidad de acto cedían esos mismos activos a la entidad transmitente y ahora arrendataria en un contrato de arrendamiento financiero. Los activos aparentemente se revalorizaban en la primera transmisión para incrementar los gastos deducibles tras la cesión posterior, por las amortizaciones y los gastos financieros derivados del arrendamiento financiero. Estos esquemas fueron objeto luego de la

¹¹⁸ Ponente Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco

¹¹⁹ Las resoluciones más señaladas serían la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 2773/2010) y la Resolución del TEAC de 5 de noviembre de 2013 (núm. 00/1827/2010), que se refieren a la aplicación de la regla de imputación ante cesiones de derechos de imagen que luego en apariencia son explotados directamente por una televisión, entendiéndose la Administración que en realidad continúa existiendo un pago desde la entidad empleadora.

Por otra parte, en cuanto a la simulación en cesiones de derechos de imagen hemos de tener en cuenta la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2016 (Proc. 110/2015).

disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que modificando Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, impidió la deducción de los gastos derivados de la adquisición o utilización posterior de elementos enajenados con aplicación de la exención por reinversión.

El caso más relevante fue el resuelto ya por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 (recurso de casación núm. 3159/1997). La Sala confirmó el criterio de la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 5 de marzo de 1997, entendiendo que el artificio del precio de venta no podía generar un incremento desproporcionado en las cuotas deducibles¹²⁰. En otras sentencias como las de 9 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 6612/2003) o de 3 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 4775/2006), se acepta el criterio de la Sala de instancia que había considerado que el complejo negocial constituía un negocio indirecto.

3.4.4 El caso “Inmobiliaria de la Universidad de Navarra”

Siguiendo nuestro camino, todavía en esta segunda etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, encontramos una sentencia tan singular como trascendente. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2010 (recurso de casación núm. 3400/2004), caso Inmobiliaria de la Universidad de Navarra.

Nos hallamos, según va a entender el Alto Tribunal, ante un caso de simulación dirigida a obtener indebidamente determinadas deducciones de IVA. Este caso resulta “más moderno” que los anteriores. No nos hallamos ante negocios relacionados con transmisiones que dan lugar a importantes incrementos de patrimonio sino ante la problemática de la deducción del IVA en el caso de entidades exentas de IVA en la mayor parte de su actividad como sucede con las entidades financieras, sanitarias y educativas. En este caso, nos hallamos en concreto ante una universidad. Por este motivo, el caso guarda semejanza con el planteado en las sentencias del TJUE, en los asuntos Halifax (C255-02), BUPA Hospitals (C-419/02) y University of Huddersfield Higher Education Corporation (C-233/03). Igualmente, esta sentencia del Tribunal Supremo precede a otra de mayor relevancia como será la de 12 de noviembre de 2014 (recurso de casación núm. 1881/2012), en el caso Hospital Recoletas.

La Universidad de Navarra construyó dos edificios para sus instalaciones. En este contexto, una sociedad del grupo de la Universidad convino con la Universidad y con la entidad Inmobiliaria de la Universidad de Navarra, la constitución de sendos derechos de superficie sobre dos solares propiedad de

¹²⁰ Este o parecido enfoque se va a reiterar para operaciones similares en sentencias tales como las de 22 de enero de 2009 (recurso de casación núm. 7117/2004) y de 18 de junio de 2012 (recurso de casación núm. 4397/2009).

aquellas. La primera entidad encargó la construcción de los edificios correspondientes para arrendarlos luego a la Universidad, consiguiendo de este modo la deducción inmediata de las cuotas soportadas en las obras de las edificaciones, sin perjuicio de las cuotas a repercutir sobre las rentas del arrendamiento que ya no podrían ser objeto de deducción por parte de la Universidad. Dicha entidad fue luego absorbida por la Inmobiliaria de la Universidad de Navarra que aparece así como recurrente.

La Inspección de los Tributos calificó los arrendamientos como entregas de bienes a efectos del IVA eliminando así el efecto de diferimiento de la no deducción de las cuotas soportadas. El TEAR de Cataluña descartó la calificación de las operaciones como arrendamientos-venta y consiguientemente como entregas de bienes, pero apreció la existencia de simulación y mantuvo la sanción impuesta en la cuantía mínima. El TEAC, en su ya citada Resolución de 5 de junio de 2002 (núm. 00/03368/2000) y la Audiencia Nacional confirmaron la resolución del TEAR.

El Tribunal Supremo confirma la existencia de simulación centrado en su análisis en la finalidad fiscal perseguida, a lo que habría que añadir una serie de circunstancias que servían como indicios de la falta de sustancia de los negocios realizados. De paso el Alto Tribunal niega la trascendencia del cambio de enfoque realizado por el TEAR pues fue el TEAR de Cataluña el que primero habló de simulación al descartar la calificación de las operaciones como arrendamientos venta.

Para el Tribunal Supremo, son indicios de la simulación la utilización de una sociedad interpuesta que estaba inactiva, la falta de formalización en escritura pública de los derechos de superficie y la ausencia de su inscripción en el registro de la propiedad. Pero sobre todo, pesa en la decisión del tribunal *“[l]a finalidad de elusión del pago del IVA, mediante la deducción y recuperación del IVA devengado por las obras de construcción, que, si hubiesen sido ejecutadas directamente para la Universidad, no hubiera sido posible”*. Por supuesto son también indicios de esa simulación el precio y el plazo del derecho de superficie y, especialmente, el reducido precio del arrendamiento que permitía un diferimiento desproporcionado del efecto de no deducción del IVA soportado.

Esta sentencia destaca, pues, por esa construcción de la simulación fundada en realidad sobre la finalidad fiscal buscada, prescindiendo de un análisis más ceñido a los hechos, a la existencia de ocultación y de una verdadera divergencia entre los negocios revelados y los realmente queridos por las partes. Y, sobre todo, destaca la sentencia porque por vez primera enlaza esta concepción de la simulación con sus consecuencias sancionadoras.

Como hemos advertido, en este caso, la Administración tributaria sancionó a la entidad y ningún tribunal inferior anuló esa sanción. El Tribunal Supremo la

confirma asimismo con el siguiente razonamiento contenido en el fundamento de derecho quinto de la sentencia:

Como la simulación se caracteriza por la existencia de una divergencia, querida y deliberadamente producida por las partes, entre su verdadera voluntad y su manifestación externa, con el fin de generar una apariencia jurídica que oculte a los terceros dicha voluntad, su apreciación en materia tributaria normalmente va acompañada de la sanción de las infracciones tributarias en que eventualmente se haya incurrido. Porque la ocultación imprescindible para la existencia de simulación determinará, en la generalidad de los casos, que se haya incurrido en alguno de los comportamientos infractores tipificados en la LGT.

A tal efecto no constituye obstáculo alguno que la simulación pueda tenerse por probada mediante el empleo de pruebas indiciarias o de presunciones, pues este tipo de pruebas puede resultar suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia, siempre que no se trate de nuevos indicios o sospechas, se parta del hecho básico objetivamente acreditado y no aparezca la inferencia lógica como irrazonable o irrazonada (STC.150/1987, de 1 de octubre. FJ 2º).

El sujeto pasivo declara unas bases imponibles y cuotas devengadas en concepto de arrendamiento de edificios, pero del entramado negocial que lleva a cabo no es difícil deducir que no es ese el hecho imponible efectivamente realizado sino el que queda definido por la aplicación combinada de los arts. 3.1 y 6.2.7º de la Ley 30/1985. Se han declarado las bases de un simple arrendamiento que quedaría incluido en el ámbito de las prestaciones de servicios del art. 7 de la misma Ley y eso no refleja sino una visión parcial de la real voluntad de las partes que, a través de la combinación de varios contratos privados, no busca sino la consumación de lo que debe tener la consideración de artificio para recuperar las cuotas del IVA soportado en la construcción de las edificaciones, del que se deriva una disminución de la deuda tributaria y, además, la indebida obtención de devoluciones, todo lo cual determina la aplicación del régimen tributario correspondiente a los hechos efectivamente realizados por las partes.

El Tribunal Supremo configura pues en esa sentencia una doctrina que en sentencias posteriores va a reiterarse con mayor trascendencia. Aunque con ocasión de estas sentencias recapitulemos el análisis de esa doctrina¹²¹

¹²¹ Esta doctrina enlazando simulación e infracción reaparece primero en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 (recurso de casación núm. 260/2008). En un caso de elusión del IRPF en estimación objetiva por módulos al existir una sociedad a través de la que se desarrollaba la misma actividad, la Sala dice lo siguiente:

conviene anticipar algunas consecuencias de esta posición del Tribunal Supremo. Este viene a dotar de un verdadero automatismo la imposición de sanciones cuando media simulación. Apreciada la simulación, ello supone, en la generalidad de los casos la existencia de una infracción. Sin embargo, el Tribunal Supremo justifica esta conclusión sobre la base de la ocultación que la simulación lleva implícita pues esa simulación es consecuencia de la divergencia entre la voluntad declarada por las partes y lo realmente querido por estas. Lo cual presenta el inconveniente de que en realidad el Tribunal Supremo no construye la simulación sobre esa ocultación sino sobre la finalidad fiscal del negocio. De esta manera, la doctrina del Alto Tribunal puede suponer un grado de inseguridad o falta de certeza en ocasiones difícil de conciliar con el principio de legalidad penal. Y esta falta de certeza se ve agravada por las dificultades ya señaladas con anterioridad a la hora de conseguir diferenciar entre supuestos de simulación, con una sanción añadida casi automática, y los casos de fraude de ley, sin sanción.

3.4.5 El uso alternativo de las normas antielusión y el intento de ordenación de la Sentencia de 30 de mayo de 2011 (caso “Construcciones Sánchez Domínguez”)

3.4.5.1.- La dificultad señalada se pone de manifiesto si comparamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2010, a la que hemos dedicado el apartado anterior, con otra de la misma Sala y casi de la misma fecha como es la de 29 de abril de 2010 (recurso de casación núm. 100/2005).

En este caso, una persona física era propietaria de una parte indivisa de una finca. Asimismo, era socio de control y administrador de una sociedad. En un momento determinado, dicha persona aporta la finca en parte de su propiedad a la entidad acordando ésta última la correspondiente ampliación de capital. Estas operaciones se formalizaron mediante la correspondiente escritura pública otorgada por dicha persona física como administrador único de la sociedad. El mismo día, ante el mismo notario, la entidad vende inmediatamente el local recibido a un tercero. El importe nominal de la ampliación de capital fue muy inferior al precio de venta. En sus declaraciones fiscales, la persona física consignó una disminución de patrimonio por la

“En efecto, si bien entendemos que la apreciación de simulación, debe llevar aparejada la calificación como grave de la infracción, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley General Tributaria, en cambio, estimamos que en un supuesto como el presente, calificado como de simulación, que lleva implícita la ocultación, no resulta de aplicación el criterio de graduación del artículo 82.1.d) de la Ley General Tributaria”.

(FD 5º)

Esta idea reaparecerá después en la Sentencia de 12 de noviembre de 2014 y las sentencias de 24 de febrero de 2016 en torno al llamado caso DORNA. Dada la importancia de estas sentencias, volveremos pues sobre esta cuestión al abordarlas en estas líneas.

diferencia entre el coste de adquisición originario y el valor de enajenación derivado de la ampliación de capital. La plusvalía realmente obtenida fue integrada como renta de la sociedad transmitente, la cual sin embargo contaba con bases imponibles negativas a compensar y pérdidas de cada ejercicio, que evitaron la tributación efectiva de tal renta. Tras distintas vicisitudes procedimentales, la Administración tributaria consideró que estas operaciones constituían un fraude de ley, de acuerdo con el artículo 24 de la LGT 1963, tanto antes como después de su reforma en 1995.

Lo que hoy llama la atención pues de este caso y de la sentencia del Tribunal Supremo que lo aborda es la incertidumbre que rodea la aplicación bien de la simulación o bien de la institución del fraude de ley o, incluso, de otras herramientas antiabuso como la recalificación o el negocio indirecto. En realidad, el Tribunal Supremo, en un caso como éste y muchos otros posteriores, asume la decisión tomada inicialmente en su día por la Administración. Por razones diferentes, la Administración decide en unos casos ir por un camino o por otro, de tal manera que luego los tribunales y, en particular, el Tribunal Supremo, asumen el camino elegido para normalmente confirmar la necesidad de evitar como resultado la elusión fiscal pretendida por el contribuyente.

Esta impresión se refuerza en un caso como éste de una aportación no dineraria para localizar una renta en una entidad, si traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2012. De nuevo nos encontramos ante unas aportaciones no dinerarias a una sociedad controlada por las socias aportantes realizadas con el propósito de generar una disminución de patrimonio ficticia que poder compensar con un incremento de patrimonio obtenido por la transmisión de la participación en otra entidad. La Inspección de los Tributos en este caso entendió que se hallaba ante un negocio simulado con simulación absoluta, puesto que lo disimulado era el propio propósito de defraudar a la Hacienda Pública. El Tribunal Supremo confirma la regularización haciendo suyas las apreciaciones fácticas de la Sentencia de instancia, la de 26 de junio de 2008 de la Audiencia Nacional. En esta sentencia, la Audiencia Nacional hace un análisis del uso artificioso de sociedades interpuestas a la luz de las diferentes normas e instrumentos antielusión, vincula todos ellos con la prohibición general del abuso de derecho y después dice lo siguiente que el Tribunal Supremo asume (en el fundamento de derecho tercero de su sentencia):

Las anteriores reflexiones evidencian que nos movemos en un círculo (se inició con el fraude de ley y acaba en el mismo punto) donde únicamente se persigue que cada cual contribuya al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica en un sistema tributario justo (artículo 31, apartado 1, de la Constitución) y que, por consiguiente, repudia que quien haya obtenido un rendimiento sujeto a tributación

pueda eludir la carga fiscal empleando no importa que artificios. Por consiguiente, si se sospecha de la existencia de un eventual ardid enderezado a soslayar la carga fiscal, ha de desenmascarse la operación, cualquiera que sea la calificación que merezca (fraude, simulación, negocio anómalo), respetando las garantías del contribuyente y, en su caso, exigiendo el tributo conforme a la operación realmente querida y realizada, ya que el dato decisivo consiste en haber conseguido un resultado económico sujeto a imposición, que se pretende ocultar al fisco o que se presenta al mismo como efecto de una operación no gravada o que lo está en menor medida.

A juicio de la Sala, las consideraciones expuestas ponen en su sitio la llamada «economía de opción» o «estrategia de minoración del coste fiscal», que, según la sentencia de la Sala Tercera, Sección 2ª, del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 [recurso 274/03 , f.j. 4º, letra d)], no afecta ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria, proclamados en el artículo 31, apartado, 1 de la Constitución. En efecto, no cabe confundir la conducta de quien, para capear una carga fiscal, ejecuta, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), un negocio distinto del pretendido, obteniendo los efectos civiles y mercantiles propios del realmente realizado y no los del inicialmente programado, con la situación de quien con idéntica mira lleva a cabo la operación tributariamente más beneficiosa, pero la organiza de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) las consecuencias para su patrimonio en el orden civil y mercantil sean las que corresponderían a la opción inicial, fiscalmente más onerosa. La «economía de opción» no ampara tal clase de comportamientos.

3.4.5.2.- Así, pues, como el párrafo anterior pone claramente de manifiesto, los tribunales españoles pronto hicieron un uso alternativo de las diferentes normas o herramientas previstas para evitar la elusión fiscal. Lo importante era identificar el ardid o el artificio y obtener una adecuada tributación de las rentas, de acuerdo con la capacidad económica puesta de manifiesto por el contribuyente. Este objetivo podría lograrse acudiendo a cualquiera de los instrumentos previstos por el ordenamiento, como si éste contuviera no solo una cláusula antielusión sino una única norma general antiabuso.

Sin embargo, la realidad era y es más compleja por dos razones principalmente. Por un lado, la LGT contiene diferentes normas antielusión y, sobre todo, diferencia entre el fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la simulación. Por otro, las consecuencias procedimentales y especialmente sancionadoras son relevantes hasta el punto de que no han faltado opiniones o decisiones judiciales favorables a asociar la simulación con el dolo propio del delito de defraudación tributaria. Por este motivo, la Administración tributaria nunca dejó de preocuparse por la elección inicial del

camino elegido para evitar la elusión fiscal, consciente como era la Administración de las implicaciones de tal decisión. Asimismo, pronto surgieron opiniones críticas acerca de la pretendida indiferenciación de los instrumentos existentes a estos fines antielusión. Y el Tribunal Supremo va a reaccionar ante estas críticas y los problemas surgidos en la práctica y lo va a hacer en una sentencia especialmente notable, la de 30 de mayo de 2011 (caso Construcciones Sánchez Domínguez; recurso de casación núm. 1061/2007).

Las peculiaridades de esta sentencia comienzan con el propio caso planteado. Se trataba de una regularización por el concepto de retenciones sobre rendimientos del capital mobiliario, a cuenta del IRPF, como consecuencia de una reducción del capital social con devolución en metálico de aportaciones a los socios, reducción de capital seguida de una ampliación de capital por el mismo importe de la previa reducción, mediante la aplicación de las reservas existentes. La Administración tributaria entendió que mediante estas dos operaciones consecutivas se había llevado a cabo en realidad una distribución de reservas a los socios, que tenía la consideración de rendimiento del capital mobiliario, sujeto a la retención controvertida. Se trataba pues de un tema planteado en otros casos¹²² y afrontado en parte después a través de cambios en la ley del IRPF¹²³. En suma, los contribuyentes diferían la tributación de

¹²² Ver por ejemplo las sentencias ya comentadas relativas al caso FINSA-Forestal del Tambre.

¹²³ En la legislación del IRPF, se ha considerado tradicionalmente que una reducción de capital no da lugar a un incremento o ganancia patrimonial. En el año 1999, al que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, cuando una reducción de capital daba lugar a la amortización de valores o participaciones, se consideraban amortizadas las adquiridas en primer lugar, y su valor de adquisición se distribuía proporcionalmente entre los restantes valores homogéneos que permanecieran en el patrimonio del contribuyente. Cuando la reducción de capital tenía por finalidad la devolución de aportaciones, el importe restituido minoraba el valor de adquisición de los valores afectados, de acuerdo con las reglas anteriores, hasta su anulación. Únicamente el exceso que pudiera resultar tributaba como ganancia patrimonial. Solo desde el 1 de enero de 2003, tras la reforma operada por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, se estableció que cuando la cantidad devuelta procediera de beneficios no distribuidos, la totalidad de las cantidades percibidas tributarían como rendimientos del capital mobiliario, considerando además, que las reducciones de capital, cualquiera que fuese su finalidad, afectaban en primer lugar a la parte del capital social que no proviniese de beneficios no distribuidos, hasta su anulación.

Hay que esperar hasta la reforma del IRPF en 2014, por obra de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, con efectos desde el 1 de enero de 2015, para que se prevea un sistema de tributación de estas rentas. El artículo 33.3.a) de la Ley del IRPF dispone que no obstante el sistema general que se mantiene, en el caso de reducción de capital que tenga por finalidad la devolución de aportaciones y no proceda de beneficios no distribuidos, correspondiente a valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, cuando la diferencia entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la reducción de capital y su valor de adquisición sea positiva, el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos se considerará rendimiento del capital mobiliario con el límite de la citada diferencia positiva.

estas rentas, optando por una reducción de capital en lugar de acordar un reparto de dividendos o distribución de beneficios. Al reducir el capital, los fondos recibidos disminuían el coste de adquisición de los valores correspondientes hasta su anulación, tributando sólo el exceso que pudiere existir. En algún caso, como el planteado en esta sentencia, la finalidad última de la operación era más evidente en la medida en la que la compañía, tras la reducción de capital, efectuaba de inmediato una ampliación de capital por el mismo importe, con lo cual el resultado final equivalía a una distribución de reservas.

Ante estas operaciones, la Administración tributaria reaccionó aplicando el artículo 28.2 de la LGT 1963. Es decir, la Administración reaccionó utilizando la técnica de la recalificación en lugar del fraude de ley o la simulación. Y el Tribunal Supremo, tras la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la liquidación administrativa, aprovecha el caso para tratar de construir una doctrina general sobre los criterios de diferenciación entre las diferentes normas antielusión previstas en la Ley General Tributaria.

El fundamento de derecho tercero de la Sentencia comienza con la siguiente referencia:

[E]l ordenamiento tributario tiene la necesidad de diseñar instrumentos específicos para conciliar, en su ámbito, la proyección contradictoria de dos principios: el de legalidad y tipicidad tributaria, de una parte, que impide la extensión del hecho imponible más allá de su propia formulación legal, de manera que queda excluida la posibilidad de la analogía (art. 23.3 LGT/1963 y 14 LGT/2003); y el de justicia tributaria, que exige que deban tributar todas las manifestaciones de riqueza que el legislador ha querido que tributen, y que están en el resultado obtenido, aunque se llegue a él a través de actos y negocios jurídicos no incluidos en la configuración estricta del hecho imponible.

Así, para el tratamiento de la utilización de creaciones jurídicas que permiten conseguir los resultados deseados con una menor tributación que la de los actos o negocios jurídicos usuales que son los específicamente contemplados por las normas tributarias, se utilizan tres categorías dogmáticas: la elusión fiscal que no infringe la ley tributaria pero soslaya su aplicación; la evasión fiscal que vulnera directamente dicha ley; y la economía de opción que supone la elección lícita entre diversas alternativas jurídicas la que representa una menor carga fiscal.

De esta manera, puede señalarse que en la elusión, a diferencia de lo que sucede en la economía de opción, el ordenamiento jurídico quiere que la

tributación tenga lugar aunque se utilicen actos o negocios jurídicos válidos no contemplados formalmente en la norma como presupuestos de la imposición.

Así, el derecho comparado, para evitar la elusión fiscal (tax avoidance), utiliza diversas categorías jurídicas que pueden agruparse en torno a dos tradiciones diversas: la que responde a la figura del fraude de ley, en su configuración clásica privativista o en su formulación específicamente tributaria; y la que utiliza cláusulas antielusión, generales o específicas. Con carácter complementario se utiliza también la doctrina del "levantamiento del velo" y la de la transparencia fiscal.

Tras esta introducción, el Tribunal Supremo alude a la justificación constitucional de la lucha contra la elusión fiscal, entendida como violación indirecta de la norma tributaria, justificación que se hallaría sobre todo en el principio de capacidad económica como presupuesto del deber de contribuir y en la exigencia de un sistema tributario justo.

No obstante, cuando la sentencia entra ya a analizar las diferencias entre los diferentes instrumentos previstos en el ordenamiento español, no puede sino comenzar reconociendo las borrosas fronteras existentes entre ellas: *<<[a] pesar de la diferencia teórica que existe, en el plano conceptual, entre fraude de ley y simulación, se ha producido en su vertiente práctica, en su aplicación por la jurisprudencia una superposición y compatibilidad entre ambas figuras>>.*

Tras decir que en puridad de principios el fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, el Tribunal Supremo afirma que la simulación, por el contrario, supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia de acto o de negocio jurídico. Esta insistencia en la ocultación, queda de inmediato aguada cuando la sentencia reconoce que *<<[e]l problema surge especialmente en la simulación de la causa por su estrecha vinculación con la finalidad o propósito que las partes persiguen al celebrar un contrato. Así se considera que un contrato realizado no con el fin habitual o normal, sino para el logro de un resultado singular adolece de vicio en la causa, y al apartarse de la "causa típica" o carecer de ella merece la calificación de simulado, con simulación relativa o absoluta. Y es entonces cuando se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales>>.*

La sentencia reconoce asimismo que estas dificultades han de convivir además con las diferentes consecuencias prácticas de una y otra figura. En particular, la

simulación, frente a lo que sucede en el caso de fraude de ley, lleva aparejada la imposición de la correspondiente sanción.

La sentencia, continuando con su discurso, reconoce que la utilización indistinta por la Administración tributaria y por la jurisprudencia de estas figuras o categorías condujo a la creación de la categoría genérica del "negocio jurídico indirecto".

Todo ello trajo como remedio el artículo 15 de la LGT 2003 en un intento de superar la figura del fraude de ley y sustituirlo por una cláusula general antielusión denominada "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", que debería comprender los supuestos tradicionalmente considerados como fraude de ley y los denominados negocios indirectos, quedando, por el contrario, la regulación diferenciada de la simulación en el artículo 16 de la LGT.

Tras estas consideraciones generales, la sentencia aborda en el fundamento de derecho siguiente y cuarto, lo que denomina el alcance de la calificación de los actos y negocios jurídicos. En concreto, el Tribunal Supremo hace de nuevo una excursión histórica por la evolución de su jurisprudencia en torno a la cuestión de la llamada interpretación económica de las leyes tributarias. Y el Tribunal Supremo introduce tres ideas fundamentales al respecto:

- a) Inicialmente, en la LGT 1963, se aceptó esa distinción entre hechos imponible de naturaleza jurídica y hechos imponible de naturaleza económica, de modo que, de acuerdo con el artículo 25 de aquella LGT, en la práctica, era innecesaria la regulación autónoma del fraude de ley, bastando esa interpretación funcional o económica, para calificar el negocio de acuerdo con su verdadera naturaleza económica y aplicar a tal negocio la ley tributaria interpretada desde esa misma perspectiva.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo advierte que esta técnica olvidaba que la prevalencia a ultranza del criterio de la realidad económica podía resultar contraria a la seguridad jurídica, en cuanto podía suponer una quiebra en la garantía de la certeza en la interpretación de las normas. Además, el juicio sobre la idoneidad de un hecho imponible como manifestación de la capacidad económica no corresponde al intérprete de la norma sino al legislador el cual para definir los conceptos económicos hace constante referencia a conceptos jurídicos.

- b) La reforma de la LGT 1963, por obra de la Ley 25/1995, cambió el estado de las cosas exigiendo una calificación de los negocios de acuerdo siempre con su verdadera naturaleza jurídica sin que ello supusiera olvidar el significado económico de los negocios y le necesidad de una interpretación finalista de las normas tributarias.

- c) Finalmente, la sentencia comentada recuerda el uso por la jurisprudencia de otras técnicas como las relativas al abuso de derecho, la doctrina del levantamiento del velo y la figura del negocio indirecto.

Todo lo cual lleva a la Sala a recordar que en su Sentencia de 25 de octubre de 2005 ya dijo que cuando *<<[h]a contemplado una indebida por aparente utilización de un negocio o contrato considera que es casi innecesario tratar de subsumir el conjunto operativo llevado a cabo en la categoría de negocio simulado o disimulado, negocio en fraude de Ley, negocio indirecto, negocio fiduciario y/o demás especialidades de los negocios jurídicos anómalos, pues en la realidad lo único que se produce es un intento de obtener un tratamiento fiscal improcedente al reparto de dividendos>>*. Es decir, tras este repaso histórico y este intento de sistematizar las categorías legales existentes, la Sala termina recordando que en muchos casos lo que ha venido haciendo es aceptar un uso alternativo de estas diferentes categorías o instrumentos para atender a la sustancia económica del negocio realizado. Por ello, poco cabe objetar frente a lo decidido en este caso por la Sala de instancia que se ha limitado a efectuar una calificación jurídica de una operación doble de reducción de capital con devolución de aportaciones y aumento de capital con cargo a reservas.

Consciente no obstante la Sala de la crítica dirigida a ese uso alternativo de las diferentes figuras existentes en la LGT o usadas por los tribunales, va a volver de inmediato a intentar ordenarlas o distinguirlas. Y lo va a hacer después de haber tratado de establecer los límites de la llamada economía de opción. A este empeño dedica la sentencia su fundamento de derecho quinto.

En efecto, la sentencia comienza señalando algo obvio, cuando nos dice que si bien no es fácil definir la noción de "economía de opción", *<<[h]a de entenderse que en ningún caso incluye las actuaciones que incidan en cualquier tipo de negocio jurídico anómalo, fraude de Ley o abuso de derecho>>*. A continuación la sentencia advierte lo siguiente:

En este sentido, la "economía de opción" que comporta una discrepancia interpretativa no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal. Previsión hoy explícita en el artículo 15 de la actual LGT en lo que denomina "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" y que aunque la vigencia de la norma sea posterior a los actos administrativos que se revisan, viene a confirmar una conclusión a la que ha llegado la jurisprudencia de esta Sala mediante una interpretación teleológica de las

normas tributarias, eliminando la ventaja fiscal que se trata de obtener como único y exclusivo objetivo de las operaciones realizadas.

En la "economía de opción" los actos o negocios jurídicos realizados son los habituales o propios del resultado obtenido.

De esta manera, el Tribunal Supremo reconoce lo que ha venido sucediendo con esta especie de aplicación retroactiva de la nueva norma antielusión contenida en el artículo 15 de la LGT. El conflicto en la aplicación de la norma tributaria coincidiría con el fraude de ley anterior y, en realidad, ambos estarían ya recogidos en la interpretación finalista que habría seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para el cual además este criterio estaría en consonancia con la jurisprudencia del TJUE a partir de la Sentencia de 21 de febrero de 2006 en el caso Halifax. Y el Alto Tribunal precisa aún más que “[e]l uso legítimo de la "economía de opción" tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca”. Luego hay abuso, y no economía de opción, cuando el contribuyente realiza negocios u operaciones con el fin primordial de obtener una ventaja fiscal sin que ese proceder este amparado por el propósito de la norma y responda a una opción creada por el legislador. La llamada economía de opción nunca atribuye al obligado tributario la facultad de configurar negocios o situaciones económicas sin motivos económicos válidos y con la única finalidad, nos dice la sentencia, de obtener una ventaja tributaria, de tal manera que la existencia de un motivo económico válido <<[s]e convierte en test para la apreciación de la economía de opción>>¹²⁴.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo afirma que la ausencia de ese motivo económico válido implica un abuso al que el ordenamiento se enfrenta empleando diversas técnicas para negar la protección jurídica a los negocios realizados con el propósito exclusivo de obtener una ventaja fiscal. Y como tales técnicas el Alto Tribunal en esta sentencia identifica las tres siguientes:

- a) El negocio indirecto es un negocio real, como tal querido por las partes, las cuales sin embargo pretenden alcanzar unos efectos que no se identifican con la causa del negocio o con su razón típica. La Administración puede apreciar la existencia de un negocio indirecto o de un negocio fiduciario en el ejercicio de la función calificadora a que

¹²⁴ Poco antes de esta Sentencia de 30 de mayo de 2011, el Tribunal Supremo había anticipado algunas de estas ideas sobre la economía de opción en la Sentencia de 9 de mayo de 2011 (recurso de casación núm. 771/2007). Enlazando o pretendiendo enlazar con la doctrina comunitaria, el Alto Tribunal trae a colación la interdicción del abuso de derecho que parte de una correcta interpretación finalista de las normas. La pretendida economía de opción tiene como límite la artificiosidad de los negocios que surge cuando estos tienen como <<[e]xclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca>>.

hacía referencia el artículo 28. 2 LGT 1963 y hoy el artículo 13 de la LGT 2003.

- b) El fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, si bien se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una norma legal dictada con una finalidad distinta (norma de cobertura) que pueden producir un resultado equivalente al del hecho o negocio constitutivo del hecho imponible, sin estar aquellos directamente gravados o gravados en menor medida. No obstante, no es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad.
- c) La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico otro propósito negocial, ya sea éste contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa).

Diferenciadas estas tres técnicas, la sentencia reconoce de inmediato la existencia de serias dificultades para delimitar estas categorías y distinguirlas además de la "economía de opción". En definitiva, esta labor conceptual no evita las dificultades que presenta su aplicación práctica. En el propio caso al que se enfrenta en definitiva la sentencia, una combinación de reducción y aumento de capital equivalente a un reparto de dividendos, la cuestión esencial sería discernir si el conjunto de operaciones contempladas es constitutivo de una auténtica alteración del capital social o si a través de su sucesiva disminución y aumento, con el consecuente reparto a los socios, se articula un instrumento para conseguir una distribución de beneficios a los socios con la exclusión indebida de la tributación legalmente aplicable. Pues bien, para ello, a juicio del Alto Tribunal, basta acudir a la adecuada calificación del complejo negocial que constituiría así un negocio indirecto utilizado para conseguir indebidamente una determinada ventaja fiscal, como ya se había señalado en sentencias anteriores de la Sala y especialmente en la de 17 febrero de 2011. En definitiva se señala que efectivamente se dan todas las notas que definen el negocio indirecto sin que pueda aceptar que estemos ante una economía de opción “[p]orque no hay dos posibilidades de alcanzar un mismo fin amparadas y reconocidas por el legislador con una diferente carga tributaria. Si la operación pretendida y realizada es repartir reservas a los socios solo cabe la

calificación fiscal de dividendos. No hay dos formas de repartir dividendos, una que tribute y otra que no, ni cabe entender que la voluntad del legislador fuera esa”.

Como vemos, la Sentencia de 30 de mayo de 2011 constituye un intento de sistematizar estas categorías jurídicas que va a tener muy poco recorrido. La Sala termina descansando en la figura del negocio indirecto y trata de cobijar esta categoría en la facultad de recalificación de los negocios recogida en los artículos 28.2 de la LGT 1963 y 13 de la LGT 2003. Sin embargo, esa misma categoría del negocio indirecto va a ser abandonada por el Tribunal Supremo que la ha considerado englobada en la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Y las consideraciones que hace la sentencia sobre las diferencia entre fraude de ley, calificación y simulación no van a impedir que el Tribunal Supremo ahonde en los años siguientes las dificultades para diferenciar entre simulación y fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria y para construir un concepto extraordinariamente amplio de la simulación¹²⁵.

3.4.6 El final de esta etapa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tras la sentencia comentada de 30 de mayo de 2011, la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a evolucionar hacia su última etapa hasta hoy, etapa

¹²⁵ La propia STS de 30 de mayo de 2011 iba acompañada de un voto particular que rechazaba la existencia de cobertura legal del llamado negocio indirecto. En el propio año 2011, en las sentencias de 28 de marzo y 3 de octubre de 2011 (recursos de casación núm. 130/2007 y núm. 2528/2007), el Alto Tribunal confirma la declaración de fraude de ley y no de negocio indirecto en el caso de ventas de acciones con coeficientes de abatimiento para recibir dividendos como precio de aquellas satisfecho por la sociedad compradora que recibía antes los dividendos sin tributar en el Impuesto sobre Sociedades.

Sin embargo, junto a esta Sentencia de 30 de mayo de 2011, el Tribunal Supremo dicta en 2011 y 2012 varias sentencias en las que confirma su tesis sobre el negocio indirecto. Ya con anterioridad, encontramos la Sentencia de 17 de febrero de 2011 (recurso de casación núm. 2581/2006) e inmediatamente después la Sentencia 30 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 6068/2007). En esta última, ante unas aportaciones a sociedades con pérdidas para aprovechar fiscalmente éstas en el marco de la transparencia fiscal, el Tribunal Supremo entiende que se halla ante un caso paradigmático de negocio indirecto. En el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia, la Sala justifica el empleo de esta figura y de la técnica de recalificación de los negocios sin necesidad de acudir al fraude de ley y al procedimiento especial que éste comporta.

En la Sentencia de 9 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo se remite a estas sentencias anteriores y en particular a la de 30 de mayo de 2011 para calificar como negocio indirecto la constitución de un usufructo temporal sobre un inmueble arrendado que se aporta a una sociedad con pérdidas, sin que se formalice correctamente la aportación ni la cesión del arrendamiento. Esta sentencia destaca por dos motivos. En primer lugar, por los indicios que enumera para entender probada la existencia de ese negocio indirecto, entre los que destaca la falta de correlación entre el valor atribuido a la aportación y las rentas que se reciben. Y, en segundo lugar, por la confirmación de la sanción impuesta dada la artificiosidad de la operación y la falta de comunicación a los arrendatarios de la aportación realizada.

No obstante, el Tribunal Supremo parecerá abandonar la tesis del negocio indirecto a partir de su Sentencia de 14 de febrero de 2013 que luego comentaremos.

iniciada en 2013 con las sentencias de 16 de septiembre y 24 de octubre de 2013 que luego comentaremos.

Entre medias, por supuesto, el Tribunal Supremo va a dictar varias sentencias sobre la aplicación de estos instrumentos o categorías jurídicas creadas para evitar la elusión fiscal. En este periodo de transición, vamos a destacar, ya en el año 2013, tres sentencias¹²⁶:

¹²⁶ Junto a ellas, podemos citar también las siguientes:

- a) Dos sentencias de 22 de marzo de 2012 (recursos de casación números 3786 y 3797/2008). Casos de simulación apreciada en la cesión de una marca a una entidad holandesa vía una entidad de Madeira, con intervención de una entidad de Vizcaya.
- b) Sentencia asimismo de 22 de marzo de 2012 (recurso de casación núm. 2293/2008) sobre un caso de fraude de ley citada luego en otras posteriores.
- c) Sentencias de 28 de marzo de 2012 (recurso de casación núm. 5319/2008) y de 30 de mayo de 2012 (recurso de casación núm. 264/2008), sobre la aportación por varios miembros de una familia de las acciones de una sociedad a una sociedad de cartera, aportación que resulta de la recalificación que hace la Administración de una ampliación de capital con renuncia del derecho de suscripción que permite suscribir las nuevas acciones por un valor inferior al real con transferencia de fondos a la sociedad de cartera que no tributa adecuadamente. Estas sentencias tienen interés, por un lado y de nuevo, por la utilización expansiva de la facultad de recalificación prevista en el artículo 28.2 de la LGT 1963 y, por otro, porque se elimina la sanción en este caso ante la ausencia de simulación y la deficiente motivación del acto de imposición de la misma.
- d) Sentencia de 24 de abril de 2012 (recurso de casación núm. 3586/2008), que reitera la doctrina sentada ya en una sentencia anterior de 25 de octubre de 2010 sobre la calificación de la constitución de un derecho de superficie.
- e) Sentencia de 26 de abril de 2012 (recurso de casación núm. 140/2008), sobre la admisión de una pérdida generada para compensar una ganancia de patrimonio. El interés de la sentencia radica en la amplitud que otorga a la facultad de recalificación, que había utilizado la Administración tributaria y a la que el Tribunal Supremo atribuye un alcance equivalente a la simulación.
- f) Sentencia de 3 de mayo de 2012 (recurso de casación núm. 73/2008), apreciando la existencia de simulación en una aportación de una participación societaria para su reventa posterior. Destaca en esta sentencia también la confirmación de la sanción impuesta ya que a juicio de la Sala la voluntad de eludir el impuesto era patente, ocultándose la verdadera causa del negocio a través de una compleja operación.
- g) Sentencias de 18 de junio de 2012 (recursos de casación números 4261, 2500 y 4397/2009; caso Valeo), sobre la recalificación de una aportación para reponer pérdidas como préstamo.
- h) Sentencia de 26 de septiembre de 2012 (recurso de casación núm. 5861/2009), sobre un caso de simulación en una venta de acciones a precio simbólico.
- i) Sentencia de 12 de noviembre de 2012 (recurso de casación núm. 4299/2010; caso SEGUR IBERICA), la cual se refiere a la aplicación de la norma antielusión para la aplicación del régimen especial en una operación de reestructuración, pero con reflexiones generales de interés sobre la apreciación de los motivos económicos válidos en una fusión apalancada. Estos criterios se repiten en otra Sentencia posterior de 25 de abril de 2013 (recurso de casación núm. 5431/2010).

3.4.6.1.- En primer lugar¹²⁷, encontramos la Sentencia de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 1543/2012). Nos hallamos ante un recurso de casación contra un auto de 20 de diciembre de 2011 de la Audiencia Nacional dictado en un incidente en ejecución de sentencia. Y lo que se debate en la ejecución es la aplicación de la LGT 2003 en la medida en la cual esta ley incorporaría un régimen sancionador más favorable. En este contexto, los recurrentes habían invocado como norma sancionadora más favorable el artículo 15 de dicha ley que regula el conflicto en la aplicación de la norma tributaria excluyendo la aplicación de sanciones. La Sala de la Audiencia Nacional al resolver el incidente afirmó que los negocios en el origen de la controversia eran en realidad negocios simulados.

El Tribunal Supremo sin embargo atiende a la calificación como indirectos que recibieron en la sentencia ejecutada los negocios de ampliación de capital y venta de derechos de suscripción. En consecuencia, el Tribunal Supremo, y esto es lo importante, afirma lo siguiente:

Los requisitos de la artificiosidad y el de la ausencia de motivo económico válido, así como el de la obtención de una ventaja fiscal que no se hubiese logrado con el negocio usual, los cumplen tanto el negocio en fraude de ley como el negocio indirecto. De ahí la referencia a uno y otro en las Sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 2011 (recurso de casación 1062/07) y 23 de febrero de 2012 (recurso de casación 821/08)

Y la inexistencia de sanción, establecida en el apartado 3 del artículo, 15 hace que debamos estimar los motivos formulados por los recurrentes, al estar destipificada la infracción, tal como se alega

(FD 3º in fine)

3.4.6.2.- En segundo lugar, citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 5107/2009), sentencia que merece la pena comparar con otra casi de la misma fecha como es la de 14 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 392/2011) y con dos sentencias muy posteriores que vamos a traer ya a colación: las de 24 de febrero de 2014 (recurso de casación núm. 1347/2011) y de 22 de junio de 2016 (recurso de casación núm. 2218/2015).

En la Sentencia de 18 de marzo de 2013, el Tribunal Supremo contempla el tratamiento de la venta de una sociedad en transparencia fiscal que persigue la imputación de una renta a la entidad adquirente para evitar su tributación. La

¹²⁷ Posponemos conscientemente el examen de dos sentencias muy destacadas del Tribunal Supremo como son las de 18 de julio de 2012 (caso BICC) y la de 7 de marzo de 2013. Entendemos que estas sentencias deben ser puestas hoy en relación con la más reciente sentencia de 31 de mayo de 2016 (caso Peugeot), por lo cual comentaremos las tres conjuntamente más tarde.

entidad transmitida era una entidad de mera tenencia de bienes propietaria de un terreno sujeto a expropiación. Para evitar la imputación de la renta derivada de la percepción del justiprecio a las personas físicas propietarias, éstas transmitieron las acciones de esa entidad a otra sociedad del mismo grupo familiar. De esta manera, la renta que hubiera debido imputarse en transparencia fiscal se convirtió en una ganancia patrimonial de las personas físicas accionistas con una tributación inferior. La Administración tributaria entendió que la venta de las acciones fue un negocio simulado y tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo confirman esta apreciación.

En la Sentencia de 14 de marzo de 2013, nos hallamos ante unas operaciones muy semejantes: transmisión por los socios de unas entidades transparentes de sus acciones en éstas a otra entidad de los mismos socios mediante aportación no dineraria y posterior absorción de las sociedades transmitidas, evitando la imputación de una renta en las personas físicas transmitentes. Las operaciones en este caso merecieron la calificación de fraude de ley, lo que también es confirmado por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Esta llamativa discrepancia se acrecienta en la Sentencia de 24 de febrero de 2014 (caso FIDA)¹²⁸. De nuevo nos encontramos ante el mismo tipo de operaciones en las que media la existencia de una entidad en transparencia fiscal y el intento de evitar la imputación de una renta a los socios personas físicas que transmiten la participación aplicando coeficientes de abatimiento del incremento de patrimonio en el IRPF y dando lugar a un mayor coste de titularidad en la entidad adquirente a los efectos de la absorción posterior de la sociedad transmitida. Y de nuevo el calificativo que el complejo negocial merece es el de fraude de ley, con referencia por supuesto a la doctrina sentada en la ya comentada sentencia de 30 de mayo de 2011.

El Tribunal Supremo recuerda los requisitos del fraude de ley: la finalidad exclusiva de obtener una ventaja fiscal, el carácter inusual e incoherente de los negocios, si no se tiene en cuenta su finalidad de elusión fiscal, lo que pone en evidencia la existencia de unas normas de cobertura y de otras eludidas dentro de una actuación en fraude de ley. Todo ello lleva a la Sala a descartar la economía de opción pues ésta *<<[q]ue comporta una discrepancia interpretativa, no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal, como es el caso que nos ocupa, cuya conducta ya ha sido analizada y calificada en los párrafos anteriores, sin que quepa invocar principio y opciones inaplicables>>* (FD 3º).

¹²⁸ Este caso da lugar también a las Sentencias de 10 de marzo de 2014 (recurso de casación núm.1265/2011) y de 17 de marzo de 2014 (recurso de casación núm. 1340/2011).

Es decir, la Sala identifica fraude de ley y conflicto en la aplicación de la norma tributaria y acoge esta alternativa en casos que seguramente podría haber reputado como constitutivos de simulación si ésta hubiera sido la alternativa escogida inicialmente por la Administración.

En la última Sentencia citada, la de 22 de junio de 2016, asistimos a las mismas operaciones en torno al régimen de transparencia fiscal, con la calificación en este caso de fraude de ley. Ese uso indiferenciado de estos instrumentos legales se reconoce cuando la Sala nos dice, otra vez frente al argumento de la economía de opción, que *<<[l]a economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias. Y ello ocurre cuando se acude a fórmulas negociales que se resumen en la categoría de los "negocios jurídicos anómalos", que incluye los negocios en fraude de ley, el negocio indirecto, el negocio fiduciario y el negocio simulado. Se trata, en suma, de la utilización de negocio no gravado o gravado en menor medida que supone la "deformación" de otro negocio, gravado o más gravado, con la idea de sustraerse a la regulación tributaria normal>> (FD 7º).*

3.4.6.3.- Y, finalmente, haremos una breve mención a la Sentencia de 27 de septiembre de 2013 (recurso de casación núm. 1255/2011). En este caso, ante un préstamo participativo éste es recalificado como aportación de fondos propios a la entidad participada y residente en España por parte de su matriz residente en Holanda, con la consecuencia de negar la consideración de deducibles a los intereses derivados del supuesto préstamo.

3.5 La etapa final en la construcción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2013-2017)

3.5.1 Las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2013 y 24 de octubre de 2013

3.5.1.1.- Llegamos así en este recorrido hasta las ya anticipadas Sentencias de 16 de septiembre de 2013¹²⁹ (recurso de casación núm. 1443/2012; caso LGM) y de 24 de octubre de 2013 (recurso de casación núm. 1650/2011; caso EXCADE).

Una vez más, la clave de estas sentencias se encuentra en la utilización indiferenciada del fraude de ley y la simulación, para operaciones semejantes y

¹²⁹ En relación con este mismo caso hay una sentencia posterior de 9 de noviembre de 2015 (recurso de casación núm. 1866/2013).

con argumentos que podrían aparentemente intercambiarse. La cuestión adquiere además una especial relevancia en la medida en la cual el Tribunal Supremo va a enfrentarse pronto, en sentencias que veremos a continuación, a los efectos de esta forma de razonar en el terreno de las consecuencias sancionadoras de la simulación frente al fraude de ley.

3.5.1.2.- En la primera de las sentencias citadas, nos hallamos inicialmente ante la adquisición de dos parcelas de terreno que eran propiedad de una entidad en crisis. Los adquirentes instrumentan la compra a través de dos entidades del grupo familiar. Por un lado, una entidad denominada LGM adquirió una de las parcelas directamente con determinada financiación bancaria. Por otro lado, esa entidad adquirió la segunda parcela así como el crédito con garantía hipotecaria que pesaba sobre la misma. Esta segunda adquisición se llevó a cabo en un proceso de adjudicación de la Dependencia Regional de Recaudación de Cataluña. No obstante, LGM vendió dicha parcela el mismo día de su adquisición a otra entidad del grupo familiar, al mismo tiempo que las dos entidades elevaban a público un contrato de mandato por el que la segunda entidad encargaba a LGM la adquisición de esta parcela para posteriormente transmitírsela. La segunda entidad era una sociedad inactiva que hizo la operación con la misma financiación bancaria que en el caso de la compra de la primera parcela, mediando el aval del matrimonio propietario en definitiva del grupo si bien luego esa financiación inicial es sustituida por un préstamo hipotecario. Esta segunda entidad se dio de alta en el IAE como promotora y contrató determinados servicios técnicos para la edificación de la parcela. No obstante, mediando también una suspensión de licencias de edificación, las dos parcelas se vendieron de nuevo un año después a una entidad ajena ya al grupo. Por un lado, LGM transmitió la primera parcela y, por otro, las dos personas físicas dueñas de la segunda entidad transmitieron las participaciones de ésta a la misma entidad compradora, lo que equivalía a la transmisión de la segunda parcela pues este inmueble era el único activo de esta segunda entidad. Las rentas derivadas de la reventa de la segunda parcela no tributaron en sede de la segunda entidad, obviamente. LGM tributó por la comisión recibida y la ganancia patrimonial del matrimonio propietario de la entidad se benefició de los coeficientes de abatimiento.

La Administración tributaria apreció la existencia de un fraude de ley en relación con la transmisión de la segunda parcela. En realidad se había transmitido un inmueble haciendo aparecer su enajenación como una enajenación de participaciones societarias para aprovechar que por la antigüedad de la propiedad de estas participaciones en una entidad inactiva se aplicarían los llamados coeficientes de abatimiento que harían desaparecer la renta derivada de esa ganancia patrimonial. En consecuencia, la Inspección de los Tributos entendió que la renta derivada de la enajenación de la segunda parcela debía reputarse renta de la primera entidad es decir de LGM. Además, LGM vio como la Administración le exigía la cantidad correspondiente a la

retención a cuenta del IRPF por los dividendos apreciados en el precio obtenido por el matrimonio en la venta de las participaciones de la segunda entidad. Al propio matrimonio se le practicó una liquidación por el IRPF restante derivado de tales dividendos. Es decir, a consecuencia del fraude de ley, la Administración ignoró las operaciones realizadas y practicó las liquidaciones necesarias para gravar la renta que hubiera surgido si LGM hubiera adquirido la segunda parcela, la hubiera transmitido un año después y hubiera distribuido un dividendo con el precio obtenido por la venta.

Tanto la Audiencia Nacional, en una Sentencia de 15 de febrero de 2012 (recurso núm. 318/2010), como el Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 16 de septiembre de 2013¹³⁰, respaldaron el criterio de la Administración tributaria.

Para el Tribunal Supremo, *<<[e]n el fraude de ley se realizan, como verdaderamente queridos (nota que lo distingue de la simulación), unos determinados negocios jurídicos con una exclusiva finalidad fiscal, para evitar la tributación o hacerla menos gravosa, de modo que, mediante aquellos medios extravagantes, se obtiene el mismo resultado que a través de la forma jurídica acostumbrada. Por ello, el legislador decide en el mencionado precepto reestablecer el equilibrio roto con el fraude aplicando la norma tributaria eludida y excluyendo los beneficios o las ventajas que se pretendían obtener>>* (FD 5º). En consecuencia, se produjo en este caso esa equivalencia de resultados, pues se trataba de transmitir unas parcelas y, en lugar de seguir el cauce común, esto es, la venta directa del inmueble, como se hizo en el caso de la otra parcela, se optó por la forma más alambicada de que los socios titulares de la segunda entidad transmitieran la totalidad de sus participaciones y con ello el inmueble que constituía su activo.

3.5.1.3.- Esta sentencia de 16 de septiembre de 2013 va a tener una prolongación años después en la de 23 de mayo de 2016¹³¹ (recurso de casación núm. 992/2014; caso HygieneProducts, S.L.). En este caso, tanto la Audiencia Nacional, en una sentencia de 3 de febrero de 2014 (recurso núm. 264/2010) como el Alto Tribunal aprecian un fraude de ley en las operaciones de unas personas físicas que tienen el propósito de transmitir una entidad tenedora de participaciones societarias. Como los compradores no desean adquirir todas las participaciones propiedad de la entidad holding, ésta realiza distintas operaciones para excluir los activos no deseados por los compradores, con el fin de hacer posible que luego los socios personas físicas formalicen la venta de la holding como tal. Por supuesto, ello supone que las personas físicas aprovechen la menor tributación derivada de la aplicación de los coeficientes de abatimiento. La Administración y los tribunales entendieron que suponía un fraude de ley el conjunto de negocios realizados y dirigidos a

¹³⁰ Ponente Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

¹³¹ Ponente Excmo. Sr. Don Manuel Martín Timón.

evitar la tributación “normal” que hubiera resultado de la venta por la entidad holding de las participaciones societarias deseadas por los compradores.

Como dice el Tribunal Supremo, para llegar al resultado querido de que las acciones de una entidad pasaran a la compradora pudieron seguirse dos caminos: el camino sencillo de venta por la entidad holding que daría lugar, eso sí a una plusvalía que tributaría por Impuesto de Sociedades y el camino mucho más complejo, que llevaría a la tributación de los accionistas de la holding por IRPF pero con aplicación de coeficientes de abatimiento¹³².

3.5.1.4.- En la sentencia de 24 de octubre de 2013¹³³, nos enfrentamos a unas operaciones más sencillas de explicar. La entidad EXCADE, S.L. tenía la posibilidad de repartir unos dividendos. Los socios de la compañía optaron por transmitir participaciones de EXCADE a otra entidad del grupo familiar. La venta se hizo con precio aplazado. La entidad adquirente fue la que recibió la distribución de dividendos y con estos fondos satisfizo a los socios el precio aplazado por la compra de las participaciones. Una vez más, la renta obtenida por las personas físicas se declaró como ganancia patrimonial con aplicación de los coeficientes de abatimiento que anulaban la tributación efectiva. La Administración tributaria entendió que la venta de las participaciones de EXCADE constituía un negocio simulado de forma que exigió a ésta entidad las retenciones a cuenta del IRPF sobre los rendimientos del capital mobiliario derivados de la distribución de un dividendo.

La Audiencia Nacional en una sentencia de 23 de febrero de 2011 (recurso núm. 129/2008) y el Tribunal Supremo compartieron el criterio de la Administración. Para el Tribunal Supremo, *<<[l]a causa ilícita determina la nulidad de los contratos, lo que llevado al caso que nos ocupa es evidente que siendo la causa de los referidos procurar la elusión fiscal, siendo su causa ilícita, la consecuencia es que los mismos no producen efectos en el ámbito tributario. Ningún inconveniente existe para encuadrar las operaciones realizadas en la consecución de la elusión fiscal, dentro de la figura del negocio indirecto, y en el que los negocios, los contratos u operaciones típicas resultan ser una simple pantalla jurídica o medios en la consecución de fines buscados por las partes. Como es conocido en el negocio indirecto u oblicuo se invierte la relación normal entre motivo y causa jurídica, el propósito último de los instrumentos pasa a ser aquí causa del negocio, en tanto que la causa típica legal de este negocio se convierte en puro medio para la consecución de aquel*

¹³² En el caso de esta sentencia de 23 de mayo de 2016, Hygiene Products era la entidad compradora que va a aparecer como sucesora pues después de la compra absorbió a la entidad holding transmitida quedando como titular directa de la entidad realmente querida. Como el fraude de ley situó la renta en la entidad holding fue la sociedad compradora la que apareció como sucesora de aquella y obligada al pago frente a la Hacienda Pública.

¹³³ Ponente Excmo. Sr. Don Jose Antonio Montero Fernandez.

fin, lo que nos ha de llevar a significar la falta de virtualidad a los efectos que pretende la parte recurrente en la distinción que ofrece entre la causa del negocio y la intención o finalidad subjetiva buscada con el mismo>> (FD 3º).

Y a continuación el Alto Tribunal añade lo siguiente:

Como en otras ocasiones hemos señalado, no siempre es fácil identificar plenamente el mecanismo elusivo que se utiliza -no puede obviarse que su delimitación es fruto de construcciones dogmáticas de fácil identificación teórica, pero de, a veces, sinuosos perfiles en la realidad-, las diferencias pueden llegar a ser extremadamente sutiles, el denominador común suele ser el engaño, la ocultación, en definitiva una simulación -así viene a contemplar en el artº 25.2 incorporado en la reforma de 1995, pero que estaba latente en la norma anterior, "en los actos o negocios en que se produzca la existencia de simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados"-, lo relevante es descubrir el mecanismo elusivo, la verdadera intención o móvil de los intervinientes, el negocio subyacente, que dote de la real entidad al fenómeno económico que se pretendía ocultar o encubrir para subsumirlo en la normativa fiscal a propósito, logrando evitar la elusión fiscal para aplicarle el régimen jurídico que proceda, en tanto que la regulación normativa al dotarse de cláusulas genéricas antielusivas -excepto en el supuesto de fraude de ley, cuyo alcance se ha puesto de manifiesto en numerosos pronunciamientos de esta Sala, por todas sentencia de 30 de mayo de 2011 (sic) -, no requiere la precisión absoluta para su aplicación, basta que a través de la calificación, como aquí se hizo, se posibilite el control de licitud de los contratos, desde el punto de vista tributario, para su sometimiento al régimen fiscal procedente, en cuanto instrumento de protección del interés público atacado por la elusión fiscal

(FD 3º)

Por todo ello, la sentencia concluye que nos hallamos ante un complejo negocio ante el que cualquier observador imparcial entiende que las cantidades recibidas por los socios constituyen un dividendo careciendo las operaciones realizadas de causa económica alguna, de tal manera, concluye el Tribunal Supremo que *<<[e]l carácter simulado de la operación nos resulta patente, como bien explica la Sala de instancia>>.*

3.5.1.5.- En estas sentencias podemos vislumbrar ya la situación o el esquema doctrinal al que ha conducido la evolución de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo.

En primer lugar, los casos resueltos en estas sentencias evidencian las dificultades que rodean la tarea de determinar cuándo nos hallamos ante una simulación, cuándo ante un fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria o ante una recalificación de las operaciones. El Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de septiembre de 2013 acepta la apreciación del fraude de ley pero razona en cierto modo como si se encontrara ante un caso de simulación.

Lo determinante es la opción tomada inicialmente por la Administración tributaria. Si ésta optó por conducir las actuaciones a través del fraude de ley los tribunales previsiblemente aceptarán esa vía, como aceptarían la vía de la simulación o del negocio indirecto. En realidad, los tribunales españoles y, en particular, el Tribunal Supremo se van a fijar sobre todo en la finalidad de los negocios cuando aprecian o entienden que se hallan ante un negocio o complejo negocio celebrado o construido con el propósito principal de obtener una ventaja fiscal. Esta finalidad resulta merecedora de una reacción del ordenamiento que evite la obtención de tales ventajas que se reputan abusivas; parece ser una cuestión secundaria que esa reacción se valga del fraude de ley o del conflicto o conduzca a apreciar la simulación tal vez por una ilicitud de la causa derivada de la propia finalidad fiscal perseguida.

Este uso indiferenciado de los instrumentos legales existentes en la LGT se ve con claridad en la sentencia de 24 de octubre de 2013. La Administración defendió aquí la existencia de simulación y el Tribunal Supremo, como antes la Audiencia Nacional, va a aceptar esa consideración para en definitiva gravar unos dividendos que pretendieron conducirse a través de la venta de unas participaciones sociales con precio aplazado. Pero aun hallándose ante un caso de simulación el Alto Tribunal va a reconocer que no siempre es fácil identificar plenamente el mecanismo elusivo que se utiliza con diferencias que pueden llegar a ser extremadamente sutiles aunque según se nos *dice* <<[e]l denominador común suele ser el engaño, la ocultación, en definitiva una simulación>>. Lo relevante es descubrir el mecanismo elusivo, la verdadera intención o móvil de los intervinientes, que se identifica con el negocio subyacente, logrando evitar la elusión fiscal. De esta manera se llega a la conclusión de que no se requiere una precisión absoluta en la aplicación de estas cláusulas antielusión. Basta, se nos dice, que a través de la calificación, como se hizo en el caso, aunque en el caso realmente se aplicó la simulación, se posibilite lo realmente importante, o sea <<[e]l control de licitud de los contratos, desde el punto de vista tributario, para su sometimiento al régimen fiscal procedente, en cuanto instrumento de protección del interés público atacado por la elusión fiscal>>.

Sin duda esta forma de razonar descansa en realidad sobre un juicio moral necesariamente subjetivo. Por supuesto, el peligro inevitable de este proceder reside en caer en la inseguridad jurídica derivada de la imprecisión a la hora de

entender qué se considerará lícito desde el punto de vista tributario por un tribunal. Esta inseguridad se agravará si como también es inevitable ese juicio moral se hace depender de la realidad social existente no en el momento en el cual se celebran los negocios sino de la que encontremos cuando estos se enjuician años después por ese tribunal.

Llegados a este punto, sin embargo, lo que va a suceder en la evolución de la jurisprudencia tributaria es que el Tribunal Supremo a partir de 2014 se enfrenta a un doble problema. Por un lado llegan al Alto Tribunal una serie de asuntos donde la discusión de la existencia de una simulación adquiere otra trascendencia pues pone en juego la aplicación de sanciones. En las sentencias que acabamos de analizar no había sanciones en juego a pesar de la apreciación de simulación en un caso. Cuando lleguen al Tribunal Supremo ya casos de simulación con una sanción no anulada antes, el Tribunal se ve obligado a plantearse de nuevo la diferencia entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria o fraude de ley.

Por otro lado, el Tribunal Supremo en 2013 tenía una jurisprudencia construida sobre sentencias que habían dado la razón a los planteamientos de la Administración tributaria en la totalidad de los casos. Sin embargo, a partir de 2015 llegan al Tribunal Supremo supuestos de planificación fiscal internacional que originan por vez primera decisiones del Alto Tribunal a favor de los contribuyentes bien por apreciar motivos económicos válidos en las operaciones o por una indebida aplicación de los mecanismos antielusión.

3.5.2 La definitiva expansión de la simulación en la jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo. Los casos “Hospital Recoletas de Castilla y León” y “Dorna Sports”

3.5.2.1.-Tras las sentencias de 2013 analizadas, el Tribunal Supremo va a dictar entre 2014 y 2016 una serie de sentencias fundamentales. No podemos pensar que estas sentencias fijan una jurisprudencia definitiva. Pero, al menos, ponen ya sobre la mesa todos los aspectos cruciales de este debate.

El primero de estos aspectos principales alude a una cuestión a la que ya hemos hecho referencia repetidamente. El ordenamiento tributario español no recoge una verdadera norma antielusión o antiabuso única. Ciertamente, el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria constituye una norma antielusión con una redacción semejante a la compartida con otras normas antiabuso europeas o americanas que descansan de una u otra manera en la doctrina de la sustancia económica. Sin embargo, la LGT recoge junto a aquella otros instrumentos que pueden actuar como normas antiabuso pero con un régimen y unos efectos sustancialmente diferentes. Tal es el caso de la referencia a la recalificación contenida en los artículos 13 y 115 de la LGT. Y, en particular, la alusión a la simulación presente en el artículo 16 de la LGT ha conducido a una peculiar aproximación en España a las normas antiabuso. Los

actos o negocios que pueden resultar abusivos no se analizan únicamente a la luz de la norma antiabuso tipo contenida en el artículo 15 de la LGT. Previamente, nuestro sistema legal exige que se determine si ese negocio es simulado. La diferencia entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria ha planeado así sobre el esquema español de normas antielusión, especialmente por las diferencias entre ambas figuras en el procedimiento de aplicación de los tributos y en la derecho sancionador.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha debido afrontar esta distinción en tres casos. En primer lugar, encontramos la Sentencia del Alto Tribunal de 12 de noviembre de 2014 (recurso de casación núm. 1881/2012; caso Hospital Recoletas de Castilla y León). En segundo lugar, citaremos el llamado caso Dorna, sentencias de 24 de febrero de 2016. Finalmente, acudiremos al caso resuelto en la Sentencia de 22 de junio de 2016 (recurso de casación núm. 3176/2014; caso El Encinar del Norte).

3.5.2.2.- En el caso Hospital Recoletas de Castilla y León, Sentencia de 12 de noviembre de 2014¹³⁴, nos hallamos ante un caso cuyo interés comienza ya con la descripción de los negocios realizados dada su semejanza con los enjuiciados en los casos de las sentencias del TJUE de 21 de febrero de 2006, casos Halifax, BUPA y Universidad de Huddersfield. La entidad Hospital Recoletas, antes Sanitaria de Inversiones de Valladolid, venía desarrollando una actividad hospitalaria. No obstante, entre 1998 y 2000 construyó un hospital y decidió constituir una sociedad distinta para la explotación de las instalaciones del nuevo hospital y la prestación de servicios hospitalarios de todo tipo. De esta manera, la entidad pasó a tener supuestamente dos sectores diferenciados de actividad, constituido uno de ellos por el arrendamiento del edificio del nuevo hospital que explotaba una sociedad diferente. En consecuencia, Sanitaria de Inversiones arrendó en el año 2000 el edificio construido a la nueva sociedad, llamada Hospital Campo Grande, la cual como arrendataria del edificio lo explotaba y prestaba los servicios de atención hospitalaria correspondientes. Esta segunda sociedad era la titular del nuevo hospital como tal con los medios humanos y materiales necesarios para el desarrollo de estas actividades.

Ciertamente, los negocios anteriores alteraban la tributación de estas entidades en el IVA. Como es sabido, los servicios de atención hospitalaria están exentos de IVA pero sin derecho a la deducción de las cantidades soportadas en el desarrollo de esta actividad. Esta ausencia del derecho a deducir el IVA soportado deviene crucial en el caso de mediar inversiones importantes, como

¹³⁴ Hay un Auto aclaratorio de 2 de diciembre de 2014. La sentencia contenía un fallo de estimación parcial con anulación de la sanción impuesta y confirmada por la Audiencia Nacional. El Auto aclaratorio modifica el fallo señalando que de los fundamentos de derecho se desprende que la mayoría de la Sala decidió la completa desestimación del recurso de casación sin perjuicio de la existencia de un voto particular que acompaña a la sentencia y defiende que la sanción debería haber sido anulada.

es el caso de la construcción de un edificio destinado a ser explotado como sede de un hospital. Si la entidad titular de la explotación es la propietaria del edificio no tendrá derecho a deducir las cuotas soportadas en la construcción y equipamiento de ese edificio como hospital. En cambio, si es una entidad dedicada al arrendamiento o con un sector diferenciado con esta actividad la que promueve la construcción o adquiere el edificio, para luego alquilarlo a una entidad de servicios hospitalarios, la primera entidad no presta estos servicios sino otros distintos de arrendamiento de inmuebles. Por lo tanto, esta entidad podrá de momento deducirse todas las cantidades soportadas como consecuencia de esa inversión. Ciertamente, el alquiler del inmueble estará sujeto y no exento en IVA. Asimismo, las cuotas repercutidas por dicho alquiler no podrán ser deducidas por la entidad arrendataria que destina el inmueble a sede de un hospital. Pero, analizadas las operaciones en su conjunto, suponen la deducción inmediata del IVA ligado a la inversión. Aunque luego no pueda recuperarse el IVA derivado del arrendamiento del inmueble, la repercusión de estas cantidades se prolongará en el tiempo a lo largo del arrendamiento. Se produce así un diferimiento en el efecto de no recuperación de las cuotas soportadas en la explotación de un hospital, diferimiento que además depende de la cuantía del canon arrendaticio. Si éste es pequeño o está artificialmente reducido, el diferimiento será mayor.

La entidad propietaria del inmueble solicitó pues la devolución de gran parte de las cantidades soportadas como consecuencia de la construcción y equipamiento del edificio destinado al nuevo hospital. Aunque inicial y provisionalmente la Administración accedió a esta devolución, en una comprobación posterior la Inspección de los Tributos apreció la existencia de un complejo negocial simulado. La Audiencia Nacional confirmó este parecer en una Sentencia de 28 de marzo de 2012. El Tribunal Supremo compartió asimismo el criterio si bien con la existencia de un importante voto particular.

En realidad, son dos cuestiones diferentes las planteadas en la sentencia del Tribunal Supremo. Por un lado, se plantea una vez más la validez y legalidad de estos negocios en el plano fiscal. Pero, por otra parte, y frente a lo que venía ocurriendo habitualmente, la Administración tributaria había apreciado en este caso la existencia de una infracción tributaria por la indebida obtención de la devolución del IVA y la sanción impuesta había sido confirmada por el TEAC y por la Audiencia Nacional. En consecuencia, el debate procesal se amplió a la procedencia de la sanción y a la culpabilidad del sujeto infractor, debate en el cual la diferencia entre simulación y fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria resulta esencial.

En cuanto a la primera cuestión planteada, la parte recurrente enfocó primero el tema como una cuestión de prueba, la propia de la simulación y de los fines de los negocios realizados. La entidad sostuvo la existencia de una pluralidad de fines en los negocios realizados, en la medida en la cual, en las actividades

hospitalarias, como en otras muchas, la separación de la actividad y la propiedad inmobiliaria puede obedecer a motivos tales como la seguridad de esos activos, la financiación de los mismos y del conjunto de la actividad o la existencia de socios diferentes. Sin embargo, la Audiencia Nacional entendió que existía simulación parcial y que concretamente era simulado el contrato de arrendamiento del inmueble entre la entidad propietaria del mismo y la entidad dedicada a la explotación del inmueble como sede de un hospital.

Para el tribunal de instancia, resultó crucial que tradicionalmente Sanitaria de Inversiones había venido desarrollando su actividad de forma integrada siendo el centro sanitario controvertido el primer caso en el cual se separó la propiedad inmobiliaria y la actividad de servicios hospitalarios. Esta separación se produce pues cuando se construye un nuevo hospital con un importe significativo de IVA soportado. Por otra parte, el canon arrendaticio se calculó de forma que resultaba excesivamente reducido pues pese a los elevados costes de construcción del Hospital, su explotación vía arrendamiento resultaba deficitaria. La entidad Hospital Campo Grande se constituye en el año 2000, cuando está acabando de construirse el edificio y después de haberse denegado dos veces la devolución del IVA. Esta segunda entidad depende totalmente de la primera de la que es una filial participada al 100 por 100 y con órganos de Administración comunes.

Por lo tanto, la Sala de instancia entendió que la creación de la segunda entidad destinada a gestionar el hospital no respondía a la finalidad de desarrollar una actividad diferenciada en el ámbito sanitario, sino a la de conseguir la deducción del IVA. La Sala de instancia acudió ya a la doctrina del TJUE, en el caso Halifax, entendiendo que la única ventaja obtenida con el contrato de arrendamiento no era la percepción de renta, sino la ventaja fiscal, lo que le permite concluir que la operación de arrendamiento, en términos objetivos, no tenía otra explicación que conseguir una ventaja fiscal. Y de ahí se salta a afirmar que la operación de arrendamiento no era exactamente abusiva sino simulada, como había entendido la Administración tributaria.

El Tribunal Supremo en el recurso de casación no deja de escudarse en la cuestión procesal de la intangibilidad de los hechos probados en la instancia. No obstante, el Alto Tribunal afirma lo siguiente:

Resulta, pues, clara la simulación contractual puesto que no existe la causa que define y caracteriza a los contratos de arrendamiento, pues la causa de la convención responde a otra finalidad jurídica distinta, obtener la devolución del IVA, siendo evidente la disociación entre la voluntad manifestada y la querida. Apreciado la concurrencia de simulación relativa con el objetivo de eludir la carga fiscal, era procedente redefinir la operación para restablecer la situación que se ha pretendido evitar con el abuso de las formas jurídicas

(FD 4º)

A continuación, el Tribunal Supremo termina este fundamento de derecho cuarto señalando lo siguiente:

El que la creación de la entidad HGC y el contrato de arrendamiento desde el punto de vista civil, mercantil o laboral generaran los efectos que de los mismos cabía esperar, desde la perspectiva que en este interesa, la tributaria, no salva la ocultación que se pretende en el ámbito fiscal mediante la creación de HGC y dicho contrato de arrendamiento, realmente no querido, y que sirve de pantalla para encubrir la finalidad perseguida, y que debe de conllevar los efectos que la Ley Tributaria reserva para los supuestos de simulación relativa, tal y como en este ha acontecido; al Derecho tributario interesa no los acuerdos de voluntades en cuanto pueden conformar derechos y obligaciones entre las partes, aún sean ficticios o aparentes y produzcan respecto de los mismos los efectos derivados del acuerdo de voluntades, sin embargo la obligación tributaria es una obligación nacida de la ley, ajena a la voluntad de los particulares que no tienen ninguna facultad de disposición sobre la misma, por ello lo que debe comprobar e investigar la Administración es la realidad de los hechos desencadenantes de la obligación tributaria, y conforme a lo acreditado derivar las consecuencias tributarias oportunas

En estos párrafos se recoge la doctrina actual del Tribunal Supremo sobre la simulación tributaria:

- a) En primer lugar, el Alto Tribunal centra su análisis en la finalidad de los negocios enjuiciados. El Tribunal Supremo no analiza realmente si tales negocios son reales, producen efectos económicos verdaderos o constituyen una forma de organizar las actividades económicas reales de una empresa o grupo de empresas. Lo decisivo en el análisis de esta jurisprudencia es la finalidad fiscal, que hace que los negocios se entiendan realizados por el deseo de obtener una ventaja fiscal.
- b) Ciertamente, el Tribunal Supremo maneja en esta jurisprudencia la noción de causa propia de nuestro derecho civil. Ello le permite entender que esa finalidad primordial de los negocios priva a estos de su verdadera causa o les proporciona una causa ilícita lo que acarrea su nulidad al menos a efectos tributarios.
- c) Pero, en realidad, el Alto Tribunal no parece salir con claridad de su propio enfoque inicial en el cual lo decisivo y lo único importante es el propósito fiscal y la ventaja fiscal cuya búsqueda explica la razón de los negocios realizados. Es más, parecería que lo determinante no es sólo ese propósito esencial sino hasta cierto punto el reproche moral que ese propósito merece. Tan es así que el razonamiento del Alto

Tribunal pudiera entenderse rechazando cualquier intento de organizar los negocios u operaciones del modo más ventajoso desde el punto de vista fiscal. Por el contrario, los negocios han de organizarse del modo fiscalmente más natural o al menos como éticamente parece más natural la organización de tales negocios.

- d) Con todo, el aspecto más discutible de esta doctrina se halla en el salto que lleva a la simulación por las consecuencias de todo orden que tal salto supone. En este sentido, el caso Hospital Recoletas o Sanitaria de Inversiones es especialmente llamativo pues la decisión de los tribunales españoles descansa en la apreciación de simulación en un contrato de arrendamiento cuya realidad y efectos económicos eran innegables como lo era la frecuencia con la que estos contratos se hacen entre partes independientes por diferentes razones. De ahí que sea cuestionable la afirmación de que la finalidad fiscal supone la ocultación del verdadero propósito comercial que excluía la celebración de ese arrendamiento. No menos cierto es que ese arrendamiento proporcionaba a una entidad titular de un hospital el edificio del mismo que completaba sus medios materiales y humanos. Más bien, lo que se está afirmando es que ese propósito fiscal permite prescindir no de un arrendamiento sino de la existencia de dos sociedades distintas de un mismo grupo para desconocer esa operación a efectos del IVA como si ambas entidades fueran una misma y única sociedad.
- e) Por último, donde esta doctrina resulta evidentemente más decisiva es en el terreno sancionador como en esta misma sentencia se va a poner de manifiesto.

En efecto, la entidad recurrente defendió tanto en la instancia como en el recurso de casación que, aun en el caso de que fuese correcta la liquidación administrativa negando la devolución del IVA, se anulasen las sanciones impuestas. Antes la entidad había alegado que la doctrina de la sentencia de instancia había infringido el Derecho de la Unión Europea tal y como había sido interpretado por el TJUE en diversas sentencias.

En cuanto a esta cuestión previa, el Tribunal Supremo en realidad no va a contrastar su doctrina con la del TJUE. Soslayando hasta cierto punto esta tarea el Alto Tribunal viene a afirmar que probada la simulación es obvio y evidente ya el abuso, cuando lo realmente planteado era si el test de simulación de nuestro Tribunal Supremo es subsumible en el test de abuso del TJUE.

A nuestro juicio, el test de simulación es compatible con el test de abuso de la jurisprudencia comunitaria pero el Tribunal Supremo en su sentencia soslaya el núcleo de la cuestión. El Alto Tribunal no analiza las sentencias posteriores del TJUE y en concreto no se enfrenta a lo dicho en las sentencias de 22 de

diciembre de 2010, casos RBS y Weald Leasing. En particular, el Alto Tribunal no analiza las consecuencias de lo afirmado por el TJUE en los apartados 27 y siguientes de la sentencia Weald Leasing cuando señala que la opción de un empresario entre operaciones exentas y operaciones gravadas puede basarse en un conjunto de elementos y, especialmente, de consideraciones de carácter fiscal pues el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal. Aunque el objetivo esencial de unas operaciones de arrendamiento financiero sea la obtención de una ventaja fiscal, como el escalonamiento del pago del importe del IVA, para llegar a la conclusión de que existe una práctica abusiva es necesario también que tal ventaja fiscal sea contraria al objetivo perseguido por las disposiciones comunitarias. De esta manera, unas operaciones de arrendamiento financiero pueden suponer una ventaja fiscal no necesariamente contraria al objetivo perseguido por las disposiciones relevantes del Derecho de la Unión. No cabe reprochar al sujeto pasivo que opte por una operación de arrendamiento financiero que le otorga una ventaja consistente en el escalonamiento del pago de su deuda tributaria en lugar de una operación de compraventa que no le ofrece tal ventaja, toda vez que ha pagado debidamente y en su totalidad el IVA correspondiente a dicha operación de arrendamiento financiero (apartado 34 de la sentencia).

Nada de este análisis aparece en la sentencia del Tribunal Supremo pues para el Alto Tribunal lo decisivo es sólo esa finalidad fiscal reprochable de partida. Y por ello el Alto Tribunal prescinde también de las consecuencias de lo dicho por el TJUE en el apartado 93 de la sentencia Halifax, donde se recuerda que la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación.

Con esta base el Tribunal Supremo va a confirmar también la sanción impuesta a la entidad en el caso Hospital Recoletas, con un argumento en realidad demasiado simple. La existencia de simulación en los negocios presupone la presencia de ocultación. Luego, esta ocultación pone de manifiesto la voluntad del sujeto infractor en la comisión de una infracción tributaria.

El Tribunal Supremo defiende primero la motivación del propio acuerdo sancionador de la Inspección de los Tributos y la justificación de la concurrencia del necesario elemento subjetivo en la conducta del sujeto infractor. Para ello ya el acuerdo sancionador había descansado, se nos dice, en el carácter simulado del contrato de arrendamiento, el asesoramiento que obtuvo la recurrente y el conocimiento previo que tenía de las consecuencias de adoptar el modelo de gestión que asumió. Por lo tanto, no cabía ninguna interpretación razonable de la norma que permitiera excluir la culpabilidad. Curiosamente, se nos dice también que la Inspección tuvo en cuenta la

doctrina del TJUE en el caso Halifax, si bien la Inspección consideró que frente a lo alegado por el contribuyente, el TJUE no se pronuncia en esa sentencia en contra de la imposición de sanción, sino que indica que puede regularizarse el IVA independientemente de que la conducta sea merecedora de sanción o no.

Pues bien, tras estos antecedentes, el Tribunal Supremo se limita a decir lo siguiente:

Desde un punto de vista formal, como se ha dicho, no se puede atender a los reproches que se hacen en este motivo casacional sobre la falta de justificación de la culpabilidad, ni sobre la falta de motivación de acuerdo sancionador.

Los razonamientos precedentes de nuestra sentencia, y los de la de instancia, acreditan la existencia de un negocio simulado que requiere el rechazo de la alegación que ahora se analiza. Si la actividad desplegada ha de calificarse como constitutiva de simulación es evidente que nuestro derecho anuda en el artículo 16 de la LGT a su comisión la imposición de la sanción, que es el requisito exigido por el TJUE.

El hecho de que en negocios simulados concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 15 de la LGT no es susceptible de variar la naturaleza simulada del negocio. El artículo 15 exige negocios válidos lo que no sucede con los negocios simulados. Quiere decirse con ello que la simulación del artículo 16 no excluye la concurrencia de las circunstancias a que hace mención el artículo 15, bien que con una incidencia sobre el negocio absolutamente diferente. En el artículo 16, per se, o, por la concurrencia de las circunstancias que el artículo 15 menciona el negocio es simulado. Por el contrario, en el artículo 15 el negocio celebrado es válido. Además, pero la previsión sancionadora que afirmamos no sólo resulta del artículo 16, sino del juego combinado del artículo 16 de la LGT citada y del artículo 170.1 del mismo texto legal y concordantes de la LGT en materia sancionadora.

(FD 6º in fine)

Como ya hemos anticipado, el Tribunal Supremo emplea una argumentación que en realidad priva de justificación independiente a la imposición de la sanción. El único dato realmente probado o presumido es que el obligado tributario realizó un negocio o conjunto de negocios con el propósito esencial de obtener un tratamiento fiscal más ventajoso. Acreditada o asumida esta circunstancia, la misma permite que se precie la existencia de simulación en el negocio cuando su causa típica ha sido sustituida por otra de naturaleza fiscal. Y como dice el Tribunal Supremo ahora esa simulación acarrea ya sin mayor consideración la infracción pues *«[s]i la actividad desplegada ha de calificarse como constitutiva de simulación es evidente que nuestro derecho anuda en el*

artículo 16 de la LGT a su comisión la imposición de la sanción, que es el requisito exigido por el TJUE>>. En realidad, el TJUE lo que exige es una base legal clara y exenta de ambigüedad, resultando esta última de la misma circunstancia que advierte la sentencia cuando admite que las circunstancias propias de la simulación y del conflicto en la aplicación de la norma tributaria coinciden en buena medida.

Estos problemas se plantean en el voto particular que acompaña a la sentencia del caso Hospital Recoletas¹³⁵. El voto particular en síntesis entiende que debió anularse la sanción y ello por exigencias derivadas de la doctrina del TJUE. En realidad, el voto particular plantea diversas cuestiones aún de mayor calado como son la conciliación entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del TJUE en materia de abuso de derecho en el ámbito tributario y las dificultades inherentes a la distinción entre los ámbitos de aplicación de los artículos 15 y 16 de nuestra LGT. Porque, desde la perspectiva de la doctrina del TJUE, como nos dice el voto particular, *<<[e]l problema, pues, radica en determinar si en nuestro ordenamiento jurídico existe una base legal clara y exenta de ambigüedad para sancionar la conducta que nos ocupa>>*, como exige la sentencia Halifax en su apartado 93. Para los magistrados autores del voto particular, esa ambigüedad surge en nuestro derecho precisamente de las dificultades inherentes a la tarea de diferenciar los ámbitos de aplicación de las diferentes normas antielusión.

Aunque los señalados ámbitos de aplicación de los artículos 15 y 16 de la LGT son diferenciables, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo supone el reconocimiento de las dificultades inherentes a esta tarea. El problema se agrava por el papel atribuido al propósito negocial en la apreciación de la simulación. Cuando un contrato se realiza con un fin distinto del habitual o normal, surgiría un vicio en la causa por lo que ese contrato, *<<[a]l apartarse de la "causa típica" o carecer de ella merece la calificación de simulado, con simulación relativa o absoluta. Y es entonces cuando se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y figuras afines, que pretenden la elusión de la aplicación de la norma fiscal mediante la creación de operaciones ficticias y que presentan una patología en la causa del negocio, con la simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales>>*.

Por ello el voto particular termina con el siguiente párrafo:

¹³⁵ El voto particular es suscrito por el magistrado Excmo. Sr. Don Jose Antonio Montero Fernandez. Al voto particular se adhiere el magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Conviene traer de nuevo los términos de la sentencia HALIFAX," procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad", lo que nos lleva a considerar que los arts. 15 y 16 de la LGT presentan la suficiente ambigüedad como para excluir que pueda sancionarse la conducta que es objeto de análisis en el presente recurso. Así ateniéndonos al supuesto que analizamos, nos encontramos con operaciones ficticias que a pesar de ello han tenido un normal desarrollo en el tráfico jurídico desde la perspectiva civil, mercantil y laboral, que presentan una patología en la causa del negocio pues la causa de las mismas no se corresponde con la verdadera voluntad de los intervinientes, lo que conlleva el restablecimiento de la situación fiscal tratada de eludir, que la Sala de instancia ha definido como simulación relativa pero que ofrece serias dudas sobre si su correcto encuadramiento debió hacerse dentro del artº 16 de la LGT , -tal y como se nos ofrece en la normativa aplicable no aparece con la claridad que la ocasión demanda o que los supuestos de simulación relativa no tengan su acomodo en el artº 15 de la LGT - como se ha hecho por la Sala de instancia, como un caso de simulación de los contemplados en dicho precepto, o en el artº 15 de la LGT , como un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma, lo que nos lleva a cuestionar la claridad de esta regulación en determinados casos, como el que nos ocupa, y con ello aplicando la doctrina del caso HALIFAX excluir la sanción impuesta.

3.5.2.3.- Todos estos problemas y dificultades se vuelven a plantear en las sentencias del caso DORNA SPORTS. Este caso se resuelve por doce sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2016. Como referencia podemos tomar las sentencias dictadas esa fecha en los recursos de casación números 948/2014, 4044/2014 y 4134/2014. La primera de estas sentencias de refiere al IRPF de un socio y su cónyuge. Las otras dos afectan al Impuesto sobre Sociedades de "Dorna Sports, S.L." en diferentes periodos impositivos.

En el caso DORNA lo que se discute es el tratamiento fiscal que merece una serie de operaciones realizadas entre los años 2003 y 2006. Tales operaciones básicamente supusieron la transmisión hasta en tres ocasiones de las participaciones de "Dorna Sports S.L." de tal manera que los socios de esta entidad transmitían sus participaciones a otra entidad que luego absorbía a la primera pasando no obstante a tener la denominación social de la entidad absorbida. Con estas operaciones, los socios recibían de la entidad adquirente el precio fijado a las participaciones. Entidades financieras ajenas al grupo financiaban las operaciones permitiendo así que la entidad adquirente pagase a los socios ese precio. La fusión posterior facilitaba la deducción de los gastos financieros derivados de esos préstamos, en unas operaciones que también generaban unos fondos de comercio financieros amortizables fiscalmente. Desde el punto de vista de la sustancia económica de las operaciones éstas

respondían a la obtención anticipada por los socios de los dividendos futuros de la entidad vinculados con las plusvalías latentes existentes o las rentas futuras esperadas.

Vistas así, las operaciones descritas respondían a una operativa bien conocida en el sector de las entidades de capital riesgo y de *private equity*. No obstante, la Inspección de los Tributos consideró que existía una simulación relativa en los negocios, tras considerar la posible existencia de un delito contra la Hacienda Pública. La fiscalía archivó la denuncia de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por entender que no existía delito. La Administración continuó pues las actuaciones inspectoras con las consiguientes liquidaciones e imposición de sanciones, que descansaron en la existencia de una simulación negocial que encubría un reparto de dividendos. De esta manera, las actas y liquidaciones afectaron a la propia entidad como pagadora de tales dividendos y a sus socios como perceptores de los mismos. Curiosamente, las liquidaciones no obstante no afectaron al socio principal, por tratarse de una entidad residente en Holanda que no estaba sujeta a tributación en España en ningún caso tanto si esas rentas se calificaban como ganancias de capital como si se trataban como dividendos. En el caso de los demás socios, la cuestión estribaba en la diferencia de trato entre las ganancias de capital y los rendimientos del capital mobiliario, con la sujeción añadida de estos a la obligación de retener a cuenta. Además, la Administración rechazó la deducción de los gastos financieros asociados con las operaciones y la amortización del fondo de comercio.

En los recursos de casación ante el Tribunal Supremo se plantean tanto el tratamiento dado por la Audiencia Nacional a los negocios como las sanciones impuestas. Respecto de lo primero, poco añade el Tribunal Supremo pues se limita en realidad a asumir la postura de la Sala de instancia. El Alto Tribunal en sus sentencias razona que, como es sabido, la simulación no deja de ser una cuestión de hecho sujeta a la necesaria prueba de forma que el tribunal de casación no puede entrar a analizar en principio la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de instancia salvo que esa valoración de la prueba sea manifiestamente arbitraria o irracional. Del mismo modo, no cabe en un recurso de casación replantear la calificación dada a un negocio por el tribunal de instancia.

Sobre estas premisas, las sentencias del Tribunal Supremo se limitan a hacer suyos los razonamientos de la Audiencia Nacional. Ésta, en particular, había aceptado que las operaciones descritas se correspondían, en principio, con lo que en el ámbito mercantil se denominaría "compra apalancada" o "*Leveraged Buy-Out*" (LBO). Para la Sala de instancia este tipo de operaciones son efectivamente frecuentes y válidas desde el punto de vista mercantil. Sin embargo, a efectos fiscales resultaría relevante que estas operaciones, dirigidas tradicionalmente a facilitar la financiación de la adquisición de una

sociedad, estarían siendo utilizadas también a juicio de la Inspección de los Tributos con la finalidad de financiar grandes pagos de rentabilidades mediante el mecanismo de la "recapitalización de dividendos" o "recaps", que consistiría en que una entidad de capital riesgo obtiene una rentabilidad a su inversión sin necesidad de desprenderse de ella. La entidad de capital riesgo obtendría un préstamo, asumiendo una deuda adicional, que destina a pagar al fondo de capital riesgo una rentabilidad, manteniendo éste la propiedad de la compañía. La Inspección habría señalado en el expediente que estas operaciones se instrumentaban a través de complejas estructuras de financiación y negocios jurídicos simulados con los que se persigue crear la apariencia de que existe una transmisión real de participaciones, con el fin de obtener una ilícita reducción de la carga fiscal, tanto en sede de la sociedad como en la tributación de los socios y accionistas, así como proceder al reparto de rentas a los socios/accionistas eludiendo las normas mercantiles que limitan la distribución de beneficios y la exigencia de una capitalización mínima.

La Sala de instancia, en consecuencia, siguió a la Inspección de los Tributos en el salto a la simulación aceptando que los socios, de manera consciente y de común acuerdo, con la finalidad de procurar un considerable ahorro fiscal, habían creado la apariencia de un negocio jurídico de compraventa de participaciones, distinto del realmente llevado a cabo, que sería uno dirigido a la obtención de una retribución por la participación en los fondos propios. Así se habría conseguido lo que la Audiencia Nacional califica como ilícita minoración de la carga tributaria pues se pretendió que los rendimientos de capital tributarán como ganancias patrimoniales de los socios y, por otro lado, que disminuyera la carga tributaria de las sociedades operativas a través de la deducción fiscal de los gastos financieros devengados por los préstamos obtenidos. Asimismo, con la simulación se persiguió eludir las normas societarias sobre reparto de beneficios y sobre disolución de sociedades.

Dado este salto hacia la simulación, la cuestión va a volver a plantearse en el debate en torno a la procedencia de las sanciones impuestas. A pesar de existir un auto penal de sobreseimiento basado en la ausencia de voluntad de defraudar, la Audiencia Nacional confirmó la sanción impuesta aunque entendió que la infracción debía calificarse de leve pues la ocultación necesaria para que fuese grave estaba subsumida en la propia simulación. El Tribunal Supremo no sólo va a confirmar la sanción sino que, estimando el recurso de la Administración, va a reponer la calificación de la sanción como grave por la existencia de ocultación.

En efecto, para el Tribunal Supremo la existencia de la necesaria culpabilidad en el sujeto infractor se desprende necesariamente de la propia existencia de simulación, pues ésta supone *"[u]na decidida conducta dolosa en la realización del entramado negocial simulado. Es decir, no se trata sólo de que la recurrente interviniera activamente en conductas típicas sino de que ésta,*

además, lo hizo con el propósito y decisión necesarios para disimular la realidad que describe la sentencia de instancia” (FD 9º STS en el recurso 4134/2014). Por ello mismo, al estimar el recurso de casación del Abogado del Estado, el Tribunal Supremo va a entender que en un caso como el analizado es clara la existencia además de ocultación “[q]ue va ínsita, para todos los casos y sin excepción alguna, en la simulación de la causa negocial” (FD 10º de la STS en el recurso 4134/2014)¹³⁶.

Las sentencias del caso DORNA van a ir acompañadas de tres votos particulares¹³⁷. El primero de los votos particulares¹³⁸ discute, como en él se señala, la clave de bóveda de todo el planteamiento de la Administración, asumido por el TEAC y la Audiencia Nacional; punto crucial que no es otro que la calificación del entramado contractual como negocio afectado de simulación relativa. En el voto particular se nos dice frente al criterio de la mayoría lo siguiente:

Existe simulación cuando no hay causa (simulación absoluta) o cuando bajo una causa aparente o falsa nos encontramos con otra auténtica (simulación relativa). En otras palabras, hay simulación cuando se presenta a terceros un negocio que nunca se realizó (simulación absoluta) o que encubre al realmente querido (simulación relativa), pero para que sea así resulta menester acreditar suficientemente el designio simulador, que ha de ser único (porque única es la voluntad de un contratante) y total (no cabe dividir esa voluntad en "subvoluntades" independientes).

Si no se acredita la existencia de tal designio, la calificación adecuada de los hechos descritos en la sentencia no es la de simulación relativa, todo lo más se trataría de un conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la Ley General Tributaria de 2003. En sustancia, se ha utilizado un camino extravagante con el principal designio de obtener una ventaja fiscal, aunque aquí ese efecto se produjera solo para los socios minoritarios, dada la irrelevancia fiscal de una u otra calificación (dividendo o ganancia patrimonial) para el socio mayoritario. Podría defenderse, por tanto, la existencia de abuso de las formas jurídicas, de una elusión fiscal (conflicto), pero en modo alguno de una evasión fiscal mediante el engaño que comporta toda simulación.

¹³⁶ La Audiencia Nacional se había remitido al criterio del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de julio de 2011 (recurso de casación núm. 260/2008). En dicha sentencia el propio Tribunal Supremo entendió que la ocultación no era apreciable como criterio de graduación en un caso de simulación por cuanto ésta última llevaba implícita aquélla. En las sentencias del caso DORNA, el Tribunal Supremo considera que aquel criterio no es aplicable bajo la LGT 2003 pues en esta la ocultación no es un criterio de graduación sino de calificación de la infracción como grave.

¹³⁷ Estos votos particulares aparecen completos en la sentencia relativa al recurso núm. 948/2014.

¹³⁸ Formulado por el magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Debió entenderse así, dando razón a los recurrentes en la queja que articulan en el motivo decimoséptimo, con los efectos inherentes a tal calificación: la necesidad de seguir el procedimiento previsto en la Ley (artículo 15.2), asumiéndose las consecuencias de no haberlo hecho, tanto en el orden liquidatorio como en el sancionador.

Frente a este planteamiento no vale decir que se propone una tarea inasumible por el Tribunal Supremo en el seno de un recurso de casación, porque algunos de los motivos piden la integración de hechos y otro denuncia infracciones legales en cuanto a la apreciación y el alcance de la prueba de presunciones. Por lo demás, nos movemos en la calificación de los contratos, terreno en el que la intervención del Tribunal de casación también se encuentra acotada, pero según nuestra constante jurisprudencia, que la decisión mayoritaria cita, es posible introducirse en el mismo cuando la calificación realizada por el juez de la instancia resulte claramente errónea, adjetivo que merece un acercamiento a la realidad contractual que hace abstracción de una parte importante (cuantitativamente, al menos, la más importante) de su componente subjetivo.

El segundo de los votos particulares¹³⁹ se centra en las consecuencias sancionadoras del parecer mayoritario de la Sala y, especialmente, en la estimación del recurso de la Abogacía del Estado. En el parecer expresado en el voto particular, la decisión de la mayoría habría supuesto una aplicación automática de la ocultación como circunstancia que conduce a una agravación de las sanciones impuestas, automatismo incompatible con el principio de culpabilidad.

Finalmente, el tercero de los votos particulares¹⁴⁰ vuelve a negar que la operación pueda considerarse simulada. Para el magistrado *disidente* <<[l]a simulación se presenta como una divergencia entre lo realizado y lo manifestado, conllevando una ocultación de la realidad que por su propia naturaleza ha de ser intencionada, siendo la simulación relativa una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de la ley>>. Frente al criterio de la Sala de instancia y el parecer mayoritario de la Sala del Tribunal Supremo acogido a las limitaciones de la casación en materia de prueba y calificación, se niega en el voto particular la existencia de simulación precisamente por la falta de ocultación, como admitió el Ministerio Fiscal para descartar la existencia de delito y el propio tribunal de instancia al admitir la frecuencia y normalidad de este tipo de

¹³⁹ Suscrito por el magistrado Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Montalvo, al que se adhiere el Sr. Huelin Martinez de Velasco.

¹⁴⁰ Formulado por el magistrado Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce.

operaciones. En consecuencia, nos hallaríamos ante un caso de fraude de ley siendo contradictoria con la simulación tanto la intrascendencia de las operaciones para el socio mayoritario como la intervención de entidades financieras independientes que financiaron las operaciones.

Y el voto particular termina diciendo lo siguiente:

Finalmente, tampoco la calificación de una operación puede basarse, en principio, en la finalidad perseguida por los socios, pues un móvil de ahorro fiscal no implica falsedad alguna ni permite concluir que la operación no se realizase.

En estas circunstancias resulta imposible asumir que los socios de manera consciente y de común acuerdo crearon la apariencia del negocio de compraventa que era distinto de aquel que realmente se llevó a cabo (sic), todo ello para permitir que los socios personas físicas, que eran minoritarios, encubrieran repartos de utilidades sociales, ante la diferencia de tributación con respecto a las plusvalías; para que Ballota, VC, socio no residente en España, se beneficiase de la exención de tributación prevista para las ganancias patrimoniales, tanto en el Convenio de doble imposición entre España y los Países Bajos, como en la regulación del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes; y para evitar que la sociedad adquirente realizara retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.

En definitiva, en mi opinión, no hubo, por todas las anteriores circunstancias, falseamiento o mera apariencia de compraventa de participaciones. Todo lo más una estratagema tendente a la reducción de la carga tributaria, utilizando la compraventa, que da lugar a ganancias patrimoniales, para retribuir a los socios por las plusvalías latentes, evitando así que tributasen como retribuciones derivadas de la participación en fondos propios.

Por tanto, a lo sumo, por los indicios apreciados por la Inspección, sólo podía realizarse, a través de un expediente de conflicto en la aplicación de la norma, art. 15 de la Ley General Tributaria, una recalificación de la operación, si se consideraba que la finalidad última de la operación fue aprovecharse del tratamiento fiscal que la ley prevé para las ganancias de capital o la obtención de beneficios fiscales para la sociedad adquirente por la deducción de gastos financieros derivados del préstamo concertado.

Por todo lo expuesto, a mi parecer, la Sala no debió confirmar la calificación de simulación y, por tanto, el recurso debió haberse estimado, con anulación de la liquidación y de la sanción.

Las sentencias del caso DORNA plantean problemas parecidos a los surgidos ya en el caso Hospital Recoletas. No obstante, el caso DORNA destaca por el propio debate que se suscita en el Sala más amplio aún que el surgido en el caso anterior. Aunque volvamos después sobre esta cuestión al analizar globalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ese debate plasmado en los votos particulares resalta los problemas que esconde la doctrina del Alto Tribunal.

En primer lugar, como ya hemos dicho en relación con el caso Hospital Recoletas, nuestra jurisprudencia atiende al propósito fiscal de las operaciones sin sopesar tal vez ni la finalidad de las normas concernidas ni la justificación económica de aquellos negocios en el marco del derecho del contribuyente a organizar los mismos de una forma fiscalmente ventajosa. Partiendo de esta premisa, nuestros tribunales han asumido la posición inicial de la Administración sin haber podido construir una nítida distinción entre las diferentes normas antielusión como los votos particulares reconocen. No obstante, en ciertos casos, como el que ahora nos ocupa, se emplea un concepto amplio, tal vez demasiado amplio, de simulación, que en realidad se soporta sobre aquel propósito fiscal principal. A pesar de ello, construida así la simulación, nuestra jurisprudencia parece luego prescindir de las consecuencias que debería tener esa noción tan amplia para asumir que la simulación lleva ínsita o implícita la ocultación. Ello sería cierto si usáramos una noción estricta de simulación en la cual existiese una divergencia entre la voluntad declarada y la realmente querida por las partes. Pero en la noción realmente utilizada esa divergencia no suele existir. El negocio realizado fue realmente querido, aunque fuera por motivos fiscales, sin que las partes quisieran realizar un negocio diferente ni el negocio realizado careciera de efectos jurídicos alterando la posición económica previa de las partes.

Más allá de debates dogmáticos, donde esta jurisprudencia exhibe sus puntos débiles en el terreno sancionador. Aquella asume que un propósito fiscal supone una simulación que por definición acarrea una sanción por la misma ocultación que la simulación significa. Sin embargo, la propia divergencia de opiniones en la Sala pone de manifiesto que manejamos un concepto no tan diáfano de simulación de forma que la propia incertidumbre que rodea la delimitación entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria nos coloca ante una quiebra del principio de legalidad penal en su forma de certeza de los tipos infractores o, en palabras del TJUE, ante la posible falta de una base legal clara y exenta de ambigüedad.

Como dice SANZ GADEA (2016)¹⁴¹, en el caso DORNA cabría interpretar y así lo entendió el propio Ministerio Fiscal, que los socios pretendían

¹⁴¹ Eduardo Sanz Gadea, “Recuperación de la inversión y se rentabilidad en operaciones LBO. STS 24/02/2016”, entrada de 4 de mayo de 2016 en el Blog del Master Universitario de Tributación y Asesoría Fiscal de la Universidad Loyola

primordialmente la recuperación de la inversión y la percepción de los beneficios futuros. Entre otras razones, conviene no olvidar que el régimen fiscal era indiferente en el caso del fondo de capital riesgo no residente que controlaba la entidad al poseer el 75 por 100 del capital social de cada una de las sociedades implicadas. Como el propio SANZ GADEA añade <<[n]o deja de ser inquietante la lejanía de los distintos puntos de vista que, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, se vertieron en torno a la existencia de simulación, pero a nadie sorprenderá, pues conocida es la extraordinaria dificultad de, en la práctica, distinguir entre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria (artículo 15 de la Ley General Tributaria) y la simulación (artículo 16 de la Ley General Tributaria)>>. Por este motivo, a su juicio, sería conveniente la unificación de la norma antiabuso sobre la base del artículo 15 de la Ley General Tributaria, sin especialidad alguna en el ámbito sancionador, <<[d]e manera tal que la conducta del contribuyente pudiera ser valorada, sin ninguna cortapisa apriorística, de acuerdo con la significación de los hechos>>. Suscribiendo estas palabras, habría que añadir que tal vez ahora esta exigencia deriva también de la propia existencia de una norma antiabuso armonizada cuando la misma viene a coincidir en su estructura con la norma antielusión recogida en el mencionado artículo 15 de la LGT¹⁴².

3.5.2.4.- Tras las sentencias comentadas resolviendo los casos Hospital Recoletas y DORNA, el Tribunal Supremo ha dictado en la misma línea una sentencia en 2016; nos referimos a la sentencia de 22 de junio de 2016 (caso “El Encinar del Norte, S.A.”). En este caso, los antecedentes y vicisitudes procesales del asunto son especialmente significativos.

La controversia gira en torno a la aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en el año 2001. La compañía era propietaria de una parcela de terreno, contabilizada como existencias, que fue objeto de una aportación no dineraria a otra entidad. Luego, la participación en esta entidad fue objeto de una aportación a otra entidad y la renta puesta de manifiesto en esta segunda aportación se acogió a la deducción por reinversión. La Inspección de los Tributos rechazó esa deducción por reinversión por entender que realmente la entidad había diferido parte del beneficio de su actividad empresarial de forma que en lugar de tributar como beneficio ordinario esa

¹⁴² Las debilidades de la posición del Tribunal Supremo se advierten con claridad en la postura adoptada por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2015 (recurso número 3151/2012) y de 16 de diciembre de 2015 (recurso número 211/2014). En supuestos de interposición de sociedades, en los que se debate acerca de la sustancia de las sociedades interpuestas y la naturaleza de los servicios prestados a través de ellas, la Sala asume la existencia de simulación pero aun así se plantea si la conducta merece ser acreedora de una sanción teniendo en cuenta la existencia de un amplio debate acerca de la utilización de sociedades con resoluciones jurisdiccionales contradictorias.

En consecuencia, la Sala, en un caso de simulación, afirma que existe una interpretación jurídica divergente que justifica la anulación de la sanción.

parte de la renta apareciese como derivada de la aportación de un activo constituido por la participación en otra entidad.

Para comprender mejor la cuestión, debemos tener en cuenta que la sociedad que recibe la primera aportación y va a desarrollar la promoción inmobiliaria carecía de medios humanos y materiales de forma que la actividad promotora se realiza con medios de la primera entidad aportante. Por lo tanto, la Inspección de los Tributos entendió que la única razón de la constitución de esa entidad era permitir luego la aportación de la participación resultante a una segunda sociedad, consiguiendo que las plusvalías derivadas de la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable del suelo en que se desarrollaba la promoción de las viviendas, no tributase como beneficio de la explotación de una sociedad promotora, sino como beneficio derivado de la transmisión de un activo financiero, objeto de reinversión. La entidad receptora de la primera aportación, que lleva a cabo la promoción, tributó por una parte del beneficio de esa promoción pues la aportación inicial se acogió al régimen especial de operaciones de reestructuración del capítulo VIII del Título VII del TRLIS y, habiendo contabilizado la adquisición de la parcela por su valor de mercado, en la correspondiente autoliquidación del impuesto sobre sociedades de 2003 practicó los ajustes derivados de la aplicación del artículo 95.2 del TRLIS. En suma, el beneficio de la promoción inmobiliaria sólo tributó en sede de la aportante inicial, pero lo hizo como beneficio derivado de la transmisión de una participación societaria susceptible de acogerse a la deducción por reinversión.

Resulta relevante que la entidad presentó una consulta a la Dirección General de Tributos la cual en su contestación admitió aparentemente esta interpretación de la aplicación conjunta del régimen de fusiones y de la deducción por reinversión. No obstante, la Inspección entendió que la constitución de la primera sociedad, que recibe la aportación de la parcela, constituía una simulación y, sobre esta base, rechazó la procedencia de la deducción por reinversión.

La Audiencia Nacional en Sentencia de 24 de julio de 2014 (recurso núm. 274/2011) hizo un interesante replanteamiento de la cuestión. Negó que existiera simulación pero confirmó la improcedencia de la deducción por reinversión pues en una interpretación de la normativa propia de ésta no cabía aplicarla en este caso. Para el tribunal de instancia, *<<[a]ludir al siempre problemático y excepcional mecanismo de la simulación resulta innecesario cuando de lo que se trata es de verificar si se han cumplido o no los requisitos a que la ley subordina el disfrute de los beneficios fiscales>>* (FD 3º). En consecuencia, la Audiencia Nacional anuló la sanción impuesta por la Administración pues descartada la existencia de simulación no apreció una motivación suficiente de una sanción ligada a aquella como pura consecuencia de esa simulación. Por este motivo, el Tribunal Supremo se enfrenta a recursos de casación cruzados tanto de la entidad como de la Abogacía del Estado, el

de ésta última con la pretensión de confirmación de la sanción sobre la base de la existencia de la simulación negada por la Audiencia Nacional.

En la sentencia del Tribunal Supremo, el único aspecto de interés se encuentra en las razones de la estimación del recurso del Abogado del Estado¹⁴³. El Alto Tribunal comienza rechazando de plano la argumentación de la Audiencia Nacional, ciertamente basada en razones demasiado formales como la intervención de notario en la formalización de las transacciones. Pero el Tribunal centra su argumento principal del siguiente modo:

La simulación cuya concurrencia se discute en estos autos radica en que unos bienes radicalmente inidóneos para la inversión controvertida, (existencias) se transmutan, mediante las operaciones cuya simulación se preconiza, en bienes de naturaleza distinta, (activo inmovilizado). Es esta transmutación, la que requiere los negocios celebrados y es en esa celebración con el propósito enunciado, donde radica la simulación, objetivo que es tanto más manifiesto cuando más oculto es el mecanismo utilizado. Es frecuente sostener que la simulación se circunscribe a los elementos objetivables. Contrariamente, el rechazo que la simulación comporta es más censurable y rechazable cuando se produce mediante mecanismos ocultos no fácilmente identificables, pero no por ello menos manifiestos que, es, lo que aquí sucede.

De otro lado, es evidente que la «transmutación» negocial (sic) de «existencias» en «activo fijo inmovilizado» no es una economía de opción porque no es una opción legítima transmutar la naturaleza de las cosas sin que medie una circunstancia que lo justifique, y tampoco un fraude de ley, pues aunque se haya producido e incardinado en un complejo negocial, en este tipo de operaciones, la simulación ha de ser descartada, con carácter previo, a la consideración del fraude de ley, y no al revés, como a veces se preconiza. Tampoco puede hablarse de una «interpretación económica» pues es evidente que entre el punto de partida (existencias) y el de llegada (activo fijo) se ha producido una mutación jurídica que con independencia de la ausencia de justificación ha sido consciente y voluntariamente buscada y ocultada.

Dicho todo lo anterior es indudable que la operación sólo pudo ser llevada a cabo por la concurrencia de medios personales y materiales que la posibilitaran.

¹⁴³ En este caso, como en el de las sentencias del caso DORNA, el Tribunal Supremo hace posiblemente una interpretación heterogénea de las limitaciones de la casación en materia de prueba. Siendo la simulación una cuestión de prueba, la apreciación de la Sala de instancia sobre la inexistencia de la misma no es obstáculo para que en este caso el Tribunal Supremo aprecie que sí existe simulación para reestablecer la sanción anulada por la Audiencia Nacional.

En primer lugar, la identificación de los administrados de una y otra entidad. Es verdad que la identidad no es total, pero es claro que las mínimas diferencias personales son irrelevantes tanto en términos cuantitativos como cualitativos a la hora de adoptar decisiones.

En segundo lugar, los medios materiales empleados son, básicamente, los de la entidad originaria.

Precisamente por ello, la realidad de la edificación tuvo que ser llevada a cabo por la entidad originaria, así como las licencias de obras, contratos de prestación de servicios y todas las actividades necesarias de apoyo a la gestión.

Otro tanto cabe decir de los estudios de viabilidad que fueron realizados en fecha muy anterior a la creación de la entidad Altos de Madrid. Idéntica conclusión ha de obtenerse del hecho de que la venta de viviendas fue iniciada por la entidad originaria con anterioridad a la creación de las segundas entidades y que, en definitiva, demuestra que todas las actividades posteriores de las entidades creadas son inexistentes y sólo han servido para propiciar, facilitar y conseguir la transmutación de las «existencias» en «activo fijo» tras un complejo negocial aparentemente lícito pero que produce un efecto intrínsecamente contrario al admitido ordenamiento jurídico.

De esta manera, se estima a continuación el recurso del Abogado del Estado, pues, una vez más, resulta evidente para nuestro Alto Tribunal que, estimada la simulación, estamos en presencia de una conducta merecedora de la sanción impuesta ya que mediante un entramado negocial que el Derecho no permite se ha pretendido un efecto jurídico que no habría tenido lugar sin ese complejo o entramado negocial.

La sentencia que comentamos se inscribe en la evolución de la vacilante aplicación de las normas antielusión en el caso de la deducción por reinversión. Hasta su modificación por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y por la Ley 16/2007, de 4 de julio, la normativa del Impuesto sobre Sociedades y concretamente el artículo 42 del TRLIS permitían la materialización de la reinversión en participaciones de al menos el 5 por 100 en el capital de otra sociedad. En consecuencia, proliferaron los casos de reinversiones en entidades constituidas al efecto o cuyo capital era objeto de ampliación para permitir la reinversión aunque la entidad solo poseía activos financieros o inmobiliarios. El TEAC dictó una serie de resoluciones sosteniendo que el artículo 42 del TRLIS no admitía una interpretación que rechazara la reinversión en tales casos, salvo que la Inspección de los Tributos entendiera que esas operaciones societarias constituían negocios simulados. Para el TEAC, una vez más, la finalidad fiscal de esas operaciones societarias desvirtuaba la causa típica de las mismas, lo cual permitía considerarlas

negocios ficticios y por ello simulados a efectos fiscales. El TEAC sostuvo esta tesis en resoluciones de 17 de abril de 2008, 30 de abril de 2008, 13 de mayo de 2009 y 7 de abril de 2010, entre otras¹⁴⁴.

El Tribunal Supremo pareció corregir esta postura del TEAC en dos sentencias de 30 de abril y 4 de junio de 2012 (recursos de casación números 928/2010 y 1767/2010). El Alto Tribunal rechazó la procedencia de la deducción por reinversión en estos casos sin necesidad de acudir a la simulación de las operaciones realizadas, bastándole una interpretación finalista del artículo 42 del TRLIS y antes del artículo 36.ter de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, una interpretación finalista y sistemática de estas normas perfectamente posible en el marco del artículo 12 de la LGT. El claro tenor literal de los preceptos de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no podía dar cobertura a una aplicación de los mismos contraria a su espíritu y finalidad¹⁴⁵.

Sin embargo, el Tribunal Supremo abandonó este criterio en una sentencia posterior de 22 de junio de 2015 (recurso de casación núm. 2496/2014), la cual confirmó una sentencia anterior de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2014 (recurso núm. 266/2011). En este otro caso, la Administración tributaria, siguiendo las pautas marcadas por el TEAC, había apreciado la existencia de simulación de una operación societaria de constitución de una sociedad. Para el Alto Tribunal, *<<[s]e produce simulación cuando se presenta a terceros un negocio que nunca se realizó (simulación absoluta) o que, como acontece en el presente caso, encubre al realmente querido (simulación relativa), ofreciéndose al exterior como una operación de desconcentración empresarial con las consiguientes reinversiones lo que no era más que una práctica financiera consistente en colocar en una cuenta bancaria de ahorro a plazo el numerario obtenido con la venta de activos empresariales, sin que, en la realidad de las cosas, hubiese cambio alguno en la estructura del grupo, ni desde el punto de vista de la toma de decisiones ni desde el material de la actividad realizada>>*. Esta sentencia de 22 de junio de 2015 afronta también la cuestión de la sanción impuesta a la entidad que confirma por considerar que no cabía hablar de reinversión cuando la misma se realizaba en una sociedad creada con la finalidad de aparentar una reinversión que no era tal, sino una mera colocación de activos financieros. Si la entidad hubiera abierto una cuenta a plazo no habría tenido derecho a la deducción, por lo que claramente tampoco tenía ese derecho a la deducción con la creación de una sociedad con el único fin de canalizar esa operación financiera pues ello no era sino un artificio para lograr ese beneficio fiscal.

¹⁴⁴ La Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica emitió también una nota 8/08, fechada el 15 de octubre de 2008 sobre este particular.

¹⁴⁵ Ver también la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 (recurso de casación núm. 1708/2012). En esta sentencia el Tribunal Supremo asume la tesis de la Audiencia Nacional favorable a la solución interpretativa en un caso de deducción por reinversión en una aportación no dineraria.

La Sentencia de 22 de junio de 2016 profundiza en esta línea. El Tribunal Supremo continúa la senda de la simulación y abandona el intento de reconducir la cuestión al campo de la correcta interpretación de las normas. En consecuencia, también en esta sentencia el Alto Tribunal confirma la sanción impuesta como puro efecto derivado de la existencia de simulación.

Sin embargo, en una sentencia inmediatamente posterior, de 14 de diciembre de 2016 (recurso de casación núm. 3942/2015), el Tribunal Supremo vuelve a asumir el criterio del tribunal de instancia favorable a la tesis interpretativa, en concreto el criterio de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 8 de octubre de 2015 (recurso núm. 482/2012)¹⁴⁶. En un supuesto de transmisión de acciones y pretendida reinversión de la contraprestación obtenida en participaciones en otra entidad que no era sino titular de las acciones primeramente transmitidas, el Tribunal Supremo acepta sin dudar el planteamiento de la Audiencia Nacional, que había rechazado la aplicación de la deducción por reinversión acudiendo a una interpretación del artículo 42 del TRLIS coherente con la finalidad de esta norma. Y no sólo eso sino que el Alto Tribunal anula la sanción impuesta y confirmada por la Sala de instancia, entendiendo que el acuerdo sancionador descansaba en las condiciones personales del sujeto infractor para rechazar la existencia de una interpretación razonable de la norma. Por ello, la sentencia entiende que el acuerdo sancionador carecía de motivación y de un juicio razonable de culpabilidad.

Sin perjuicio de volver sobre este tema al recapitular la postura del Tribunal Supremo, podemos anticipar que el caso de la deducción por reinversión resulta muy significativo en la evolución tanto de la jurisprudencia como de la práctica administrativa. En la mayoría de las resoluciones comentadas, se afirma de nuevo la existencia de simulación ante operaciones societarias que produjeron indudables efectos económicos frente a terceros y que como tales operaciones mercantiles no dejaban de tener un cierto carácter abstracto. El propio TEAC descartó desde el inicio la posibilidad de acudir a una

¹⁴⁶ Aunque en una Sentencia posterior, como es la de 17 de marzo de 2016 (recurso núm. 21/2014), la Audiencia Nacional vuelve a apreciar la existencia de simulación en una compraventa de participaciones intragrupo en la que se pretendía amparar una reinversión, si bien era relevante en este caso la falta de pago de parte del precio. Más clara es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2016 (recurso núm. 495/2014), en la cual la Sala refleja la posición habitual del Tribunal Supremo para identificar simulación con artificio y ausencia de motivo económico válido en la constitución de una entidad.

En recientes Sentencias del Tribunal Supremo ha aparecido un debate similar en relación con una cuestión diferente como es la del tratamiento de las sociedades patrimoniales. Destacan en este punto las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo y 13 de marzo de 2017 (recursos de casación núm. 533/2016 y 185/2016). En casos en los cuales la Administración había acudido a la simulación de ciertas operaciones para negar el carácter patrimonial de una sociedad, el Tribunal Supremo parece entender que ni existía claramente esa simulación ni era necesario acudir a ella para llegar a la conclusión alcanzada por la Administración. Adicionalmente, la Sala entiende, en la primera de las sentencias, que, descartada la simulación, la sanción carece de la necesaria motivación.

interpretación finalista de la norma que impidiera el abuso en la utilización de la misma como base además de ciertos beneficios fiscales. Parecería que los tribunales españoles han llegado a la conclusión de que es precisamente la simulación la verdadera cláusula antielusión general, en detrimento del conflicto en la aplicación de la norma tributaria o de la correcta interpretación de la ley fiscal, con la ventaja añadida de que la simulación permite la imposición de sanciones a través de un procedimiento más sencillo en manos de la Administración tributaria. Sin embargo, cabe pensar que la Audiencia Nacional tenía algo de razón cuando sostenía que era preferible evitar una utilización forzada de la figura de la simulación siendo posible evitar un uso abusivo de un beneficio fiscal a través de una interpretación correcta de la norma tributaria¹⁴⁷. Por otra parte, el caso de la deducción por reinversión es también significativo por esa zigzagueante jurisprudencia que permite al Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 14 de diciembre de 2016, volver a aceptar la posición de la Audiencia Nacional favorable a una solución por vía de interpretación finalista.

3.5.3 El impacto del caso de las compras intragrupo apalancadas

3.5.3.1.- En este recorrido por los grandes casos de la jurisprudencia tributaria española, nos corresponde ahora analizar una larga serie de sentencias que afrontan una categoría de operaciones que han tenido la máxima trascendencia en el terreno de las normas antielusión e indirectamente en otros muchos del Derecho tributario. Me refiero a las llamadas compras apalancadas intragrupo.

A finales del siglo pasado y principio de éste abundaron operaciones con una aparente finalidad fiscal y que respondían al siguiente patrón común. En un

¹⁴⁷ En la apreciación de la simulación de los negocios, merece destacarse también una sentencia del Tribunal Supremo diferente por la índole de los negocios controvertidos. En la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (recurso de casación núm. 1543/2015), la Sala analiza una posible donación encubierta bajo una aportación a la sociedad de gananciales seguida de la disolución de ésta. En esta breve sentencia, de la que es ponente el magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Vicente Garzón Herrero, la Sala, con las limitaciones de un recurso de casación en unificación de doctrina, se limita a apreciar por una parte la vinculación existente entre la aportación y la disolución días después y luego a confiar en la tesis de la “explicación razonable” de las operaciones, ausente en el caso.

Esta sentencia del Tribunal Supremo respalda una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de diciembre de 2014, contra la que se había dirigido el recurso de casación en unificación de doctrina. Curiosamente, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se enfrentó a un supuesto idéntico, de aportación y disolución sucesivas en una sociedad de gananciales, en su sentencia de 2 de diciembre de 2014 (recurso núm. 2890/2011). La Administración tributaria de la Comunidad Autónoma había acudido al artículo 13 de la LGT y a las facultades de calificación para negar la exención de las operaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, considerando existente una transmisión onerosa entre los cónyuges. La Sala de Valencia niega que haya simulación y que sea posible la facultad de recalificación de las operaciones como base legal de la liquidación pues a su juicio la Administración tributaria debió acudir al fraude de ley con el consiguiente procedimiento especial que no se siguió en este caso.

grupo multinacional, se adoptaba la decisión de llevar a cabo una reorganización por la cual una compañía del grupo residente fiscalmente en España adquiría una participación o la totalidad del capital de otra entidad normalmente no residente. La adquisición se llevaba a cabo mediante una compra de tales participaciones, si bien en ocasiones esa compra se combinaba con aportaciones. La entidad transmitente era una entidad no residente del mismo grupo que ya era pues propietaria de las participaciones correspondientes. La adquisición por compra se financiaba normalmente mediante un préstamo que concedía un centro financiero o una entidad del mismo grupo, asimismo no residente. De esta manera, la reorganización acarrearía que la compañía española satisfacía unos gastos financieros que suponían un gasto fiscalmente deducible en España, aunque usualmente esos gastos financieros reflejaban unos ingresos financieros correlativos percibidos por una entidad con una baja tributación por los mismos. Asimismo, la adquisición generaba habitualmente un fondo de comercio financiero que era fiscalmente amortizable en España. Por otra parte, la entidad española adquirente solía ser una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE) cabecera en España de un grupo consolidado o integrada en él. En suma, desde el punto de vista fiscal, la adquisición de esa entidad no residente suponía unas rentas en forma de dividendos y ganancias de capital que no tributaban en España ni en su obtención ni en su reparto a un accionista o socio no residente. Sin embargo, la adquisición de esa entidad no residente situaba en España gastos fiscales significativos en forma de gastos financieros o amortizaciones de fondos de comercio que podían además compensarse en el seno de un grupo consolidado. Aunque estas reorganizaciones podían responder al deseo de situar en España sedes regionales de estos grupos multinacionales, lo cierto es que con cierta frecuencia se utilizaron para erosionar las bases imponibles españolas del grupo por la deducción de los citados gastos fiscales.

A pesar de la importancia y número de estas operaciones, la legislación fiscal española las propició en cierto modo. La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, creó las citadas entidades de tenencia de valores extranjeros. La creación de estas entidades se enmarcaba en una política fiscal guiada por el deseo de favorecer la internacionalización de las empresas. En este contexto, el Real Decreto-ley 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa, modifica el artículo 129 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, permitiendo que una ETVE forme parte de un grupo en consolidación fiscal. Por otra parte, la legislación fiscal española permitía la deducción sin límites de los gastos financieros y permitía entonces la amortización del fondo de comercio financiero, todo lo cual incentivaba posibles planificaciones fiscales. Sólo en 2012, se efectúa una modificación normativa dirigida a evitar estas reorganizaciones abusivas, a través de una nueva letra h), en el número 1 del artículo 14 del TRLIS, introducida por el Real Decreto-ley

12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. De acuerdo con esta nueva norma, no serán gastos deducibles los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones. Actualmente, esta norma se halla en el artículo 15, h) de la vigente LIS.

Por otra parte, la Administración tributaria española tardó también en reaccionar ante estas reorganizaciones. Inicialmente, estas operaciones societarias pudieron parecer coherentes en el marco de una política fiscal muy orientada hacia la internacionalización de las empresas y de la economía española. Las reorganizaciones comentadas pudieron entenderse como un camino para atraer la presencia en España de sedes regionales o centros de servicios o incluso de investigación y desarrollo de grupos multinacionales. Sin embargo, hacia 2004, la Inspección de los Tributos decidió considerar realizadas en fraude de ley todas aquellas reorganizaciones que descansasen sobre adquisiciones intragrupo apalancadas. La declaración de fraude de ley suponía el rechazo de la deducción de los gastos financieros y de la amortización en su caso del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición¹⁴⁸.

3.5.3.2.- Tras los actos de declaración de fraude de ley y las liquidaciones subsiguientes de la Administración tributaria, el TEAC dictó diversas resoluciones confirmando aquellas¹⁴⁹ salvo en el caso de la Resolución de 1 de

¹⁴⁸ En algunos pocos casos aislados, la Administración tributaria entendió simuladas las adquisiciones, pero, normalmente, la norma antielusión utilizada fue el fraude de ley del artículo 24 de la LGT 1963. La Administración tributaria siguió el criterio de aplicar el artículo 24 de la LGT 1963, incluso en regularizaciones del impuesto sobre sociedades de períodos impositivos posteriores, considerando que la fecha de referencia para aplicar la norma antielusión era la de la adquisición inicial intragrupo aunque el carácter abusivo de esa operación acarrase el rechazo de gastos años después en el impuesto sobre sociedades. Recordemos que el apartado tercero, de la disposición transitoria tercera de la LGT de 2003 prevé que los artículos 15 y 159 de esta LGT se apliquen en el caso de actos o negocios realizados a partir del 1 de julio de 2004. Tratándose de actos o negocios realizados con anterioridad se aplicaría en su caso el artículo 24 de la LGT 1963. Por lo tanto, en el caso de estas reorganizaciones, la Administración tributaria interpretó este régimen transitorio entendiendo, como ya hemos señalado, que la fecha crucial era la de la adquisición inicial con independencia de los efectos de la misma en las autoliquidaciones de los ejercicios siguientes del impuesto sobre sociedades.

¹⁴⁹ En distintas resoluciones el TEAC construyó un argumentario basado en las siguientes consideraciones:

junio de 2010 en la cual el TEAC estimó la reclamación interpuesta e introdujo en el debate un aspecto que iba a resultar decisivo en la evolución posterior de estos casos: la prueba de la existencia de motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal.

El TEAC (en el fundamento jurídico vigésimo de su resolución) resaltó que la operación se había llevado a cabo de forma directa, sin rodeos, artificios ni concatenación de operaciones, suponiendo la adquisición directa de una entidad operativa, residente fiscalmente en Portugal, por otra compañía, asimismo operativa, residente fiscalmente en España. Por lo tanto, la compra no se hace a través de una entidad holding y mucho menos por medio de una entidad creada al efecto, sino por una entidad operativa y existente desde hacía muchos años en España, que tampoco aprovecha las ventajas de la consolidación fiscal. Asimismo (en el fundamento jurídico vigesimoprimer de la resolución), el TEAC entendió probadas por la reclamante las razones económicas u operativas de la adquisición que se hallaba en el origen de la

-
- a) El concepto tributario de fraude de ley participaría de la naturaleza del fraude de ley al que se refiere el artículo 6.4 del Código civil. Por otra parte, ese fraude de ley viene a coincidir también con la noción actual de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, como la Audiencia Nacional había reconocido en su sentencia de 7 de noviembre de 2006 y como reflejan normas o doctrinas de derecho comparado como la ordenanza tributaria alemana o la doctrina de la sustancia económica.
 - b) El TEAC enlaza también con las consideraciones del Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de julio de 2002 de la Sala de lo Penal del Alto Tribunal y con las del Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo de 2005.
 - c) De esta manera, el fraude de ley se caracterizaría por el rodeo de la norma y la artificiosidad del negocio, que conducen a una vulneración del ordenamiento jurídico en su conjunto y del mandato del artículo 31 de la Constitución española de contribuir cada uno de acuerdo con su capacidad económica.
 - d) El fraude de ley se prueba o acredita por la elusión que resulta incluso por indicios de las características del negocio sin necesidad de que la Administración tributaria acredite el ánimo o propósito personal del obligado tributario.
 - e) A pesar de la redacción del artículo 24 de la LGT 1963, el fraude de ley puede actuar en relación con elementos de la obligación tributaria distintos del hecho imponible.
 - f) En el caso concreto de las operaciones controvertidas de compras intragrupo apalancadas, se resalta la artificiosidad que resulta de la propia instrumentación de las operaciones con una combinación frecuente de compraventa y aportación para eludir la aplicación de la norma de subcapitalización estando el centro financiero o la entidad prestamista del grupo normalmente localizada en un territorio de baja tributación y aprovechando el grupo el régimen de consolidación fiscal.
 - g) Las entidades reclamantes no habrían acreditado ni la sustancia ni la justificación económica de las operaciones.

Las principales resoluciones del TEAC fueron de fecha 17 de mayo de 2007, 25 de junio de 2009 (00/656/2007), 8 de octubre de 2009 (00/7082/2008), 22 de octubre de 2009, 14 de julio de 2010 y 26 de julio de 2010.

declaración de fraude de ley. El TEAC resalta el esfuerzo probatorio de la reclamante basado en la aportación de un informe previo a la adquisición y dos dictámenes periciales que evaluaban el cumplimiento de los objetivos perseguidos con la reorganización.

3.5.3.3.- Tras estas primeras resoluciones del TEAC, el caso va a dar un giro peculiar. En efecto, el caso de las compras apalancadas va a dar lugar a una serie de sentencias trascendentales en materias totalmente ajenas a la aplicación de las normas antielusión. En particular, esta otra jurisprudencia va a plantear dos cuestiones:

- a) Por un lado, se va a debatir en los tribunales españoles el alcance del principio de confianza legítima al debatirse si es posible declarar en fraude de ley una operación por sus efectos en ejercicios posteriores cuando la Administración tributaria había comprobado el periodo o ejercicio en el que se efectuó el negocio sin cuestionar éste o inclusive aceptando su corrección. Surge así la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2012 (recurso núm. 284/2009), confirmada por el Tribunal Supremo en la decisiva sentencia de 4 de noviembre de 2013 (recurso de casación núm. 3262/2012)¹⁵⁰.
- b) Por otra parte, el caso de las compras apalancadas va a plantear la cuestión del alcance de la prescripción en relación con las facultades de comprobación y calificación de la Administración tributaria. Se planteará en los tribunales españoles si la Inspección de los Tributos puede declarar realizado en fraude de ley un negocio celebrado en un ejercicio respecto del que ha prescrito el derecho de la Administración a liquidar, aunque sea obviamente a los solos efectos de las consecuencias de ese negocio en periodos o ejercicios posteriores.

La Audiencia Nacional va a sostener la tesis de la prescripción impositiva de esa facultad en la Sentencia de 26 de enero de 2011(núm. de recurso 316/2007; caso Holcim) y, sobre todo, en la Sentencia de 24 de enero de 2013 (recurso núm. 440/2009; caso Hewlett Packard), confirmada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de julio de 2014 (recurso de casación núm. 581/2013). La doctrina que surge de esta sentencia del Tribunal Supremo va a ser abandonada en sentencias posteriores, muchas de ellas en otros

¹⁵⁰ La doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo sobre el alcance del principio de confianza legítima, Sentencia de 4 de noviembre de 2013 (caso Ebromyl), va a ser confirmada en sentencias posteriores, ajenas ya a este tipo de casos, de fecha 6 de marzo de 2014 (recurso de casación núm. 2171/2012; caso Kutxabank) y de 8 de junio de 2015 (recurso de casación núm. 1307/2014; caso El Corte Inglés). La primera de estas sentencias sí se refiere a un caso de fraude de ley en la constitución de una entidad holding para alcanzar el umbral del 5 por 100 de participación (sentencia del TSJ del País Vasco de 2 de mayo de 2011; recurso núm. 876/2009).

casos de compras apalancadas, a partir de la Sentencia de 5 de febrero de 2015¹⁵¹.

3.5.3.4.- Tras estas vicisitudes, el Tribunal Supremo va a afrontar ya la cuestión de fondo a partir de 2015. Antes la Audiencia Nacional había dejado planteada la cuestión en varias sentencias entre las que destaca la de 7 de febrero de 2013 (recurso núm. 172/2010)¹⁵². La Sala de instancia asume el planteamiento del posible fraude de ley en estas operaciones y anticipa que el debate va a centrarse en torno a la justificación económica de las mismas. De esta manera, la Sala considera correcta la declaración de fraude de ley pues *<<[s]e ha tratado de disminuir la carga impositiva acudiendo a unos mecanismos artificiosos, cuya complejidad nos lleva a la convicción de que carece de un sustento organizativo o empresarial eficaz, es decir, de un motivo económico convincente desde la perspectiva estructural de las sociedades implicadas>>* (FD 6º)¹⁵³.

¹⁵¹ Además, como ya mencionamos en la sección 2.8, el debate suscitado va a dar lugar a una doble modificación legal. En primer lugar, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, va a alterar el régimen clásico de la prescripción para permitir la comprobación de bases o deducciones procedentes de ejercicios prescritos y consagrar en el artículo 120.2 la facultad de la Administración de cuestionar o recalificar operaciones realizadas en periodos prescritos pero con efectos en periodos no prescritos. Meses más tarde, la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de Modificación Parcial de la LGT, va a suponer la incorporación del artículo 66 bis a la LGT 2003 y la modificación del artículo 115 con la misma finalidad.

¹⁵² En la misma fecha hay otra sentencia de la Audiencia Nacional sobre un caso semejante con número de recurso 107/2010. Estas sentencias no han llegado al Tribunal Supremo vía los correspondientes recursos de casación.

¹⁵³ La Audiencia Nacional se enfrenta también a la cuestión de la posible vulneración del Derecho de la Unión Europea o del Convenio de Doble Imposición aplicable. La Sala rechaza los argumentos de la entidad recurrente pues la declaración de fraude de ley supone que una serie de operaciones se contemplen desde un punto de vista holístico, independientemente de que cada operación responda en su forma a figuras contractuales mercantiles y operaciones societarias, cada una con sustantividad propia o autónoma. De lo que se trata es de apreciar las consecuencias de esas operaciones que, sin solución de continuidad, se producen y, en su conjunto, guardan una unidad fiscal, que únicamente es apreciada cuando esa complejidad operativa es analizada como una sucesión de secuencias que, por sí solas, aparentan un sin sentido, pero que contempladas en su conjunto muestran un mensaje único.

Para la Sala efectivamente, ni el acuerdo declarativo de fraude de ley ni la regularización llevada a cabo tienen su fundamento en la aplicación de las normas sobre precios de transferencia ni en la vulneración de la norma sobre subcapitalización. Y añade: *<<[l]o que se está cuestionando no es la validez o legalidad de cada una de las transacciones o pasos realizados, sino todo el entramado de operaciones, sobre el fundamento de considerar que las transmisiones de participaciones entre empresas del grupo y con financiación de empresas del grupo no presentan un contenido económico real sino que tienen como motivo único el fiscal de reducción de la base imponible; por ello esas necesidades de financiación no son tales. Se han articulado las operaciones de trasvases de participaciones intragrupo para provocar una aparente necesidad de financiación. Por eso no se juzga si cada una de las operaciones individualmente consideradas que se han descrito responden o no a precios de mercado>>* (FD 8º).

La primera sentencia del Tribunal Supremo que afronta pues el fondo de la cuestión es la de 5 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 4075/2013; caso Coty Spain¹⁵⁴). En esta sentencia, el Tribunal Supremo entra en el fondo de la cuestión pues la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2013 (recurso núm. 325/2010) había estimado el recurso por la prescripción. Sin embargo, tras estimar el recurso de casación del Abogado del Estado por la citada cuestión de la prescripción, la Sala desestima el recurso de la entidad y confirma la resolución del TEAC en un escueto fundamento de derecho sexto en el que en esencia señala que si bien no cabe cuestionar una reestructuración empresarial ni dudar de la valoración de las acciones de las dos sociedades adquiridas a precio de mercado, no cabe equiparar reorganizaciones empresariales, con inversiones que conlleven un crecimiento en términos de economía real o una reducción de costes efectiva, con meros movimientos financieros o flujos intragrupo. Cuando el endeudamiento para llevar a cabo estas operaciones intragrupo acarrea las drásticas reducciones de tributación que aquí se pretenden, *<<[r]echazar esas meras recolocaciones sin sustrato económico probado no supone en modo alguno poner en tela de juicio la libertad de empresa, sino deducir las consecuencias lógicas de unos hechos>>*.

El conjunto de las operaciones ha perseguido unos resultados fiscales que permiten al Tribunal Supremo hablar de artificiosidad la cual constituye un indicio del fraude frente a la economía de opción. El sujeto pasivo ha creado artificiosamente las condiciones que determinan el resultado pretendido, con la constitución de una entidad, con desembolso de su capital mediante aportación de una parte de las acciones de las dos sociedades españolas operativas, valoradas éstas por importe muy superior a su valor teórico y la compra por otra parte, del resto de las acciones de tales sociedades operativas con financiación de su matriz holandesa. A ello se uniría el posterior recurso a la tributación consolidada de la nueva entidad con las filiales operativas en España.

¹⁵⁴ Recordemos que esta sentencia es también decisiva en el terreno de la prescripción pues en ella el Tribunal Supremo se aparta de la doctrina sentada en la Sentencia de 4 de julio de 2014, afirmando la posibilidad de declarar realizadas en fraude de ley operaciones efectuadas en periodos o ejercicios prescritos. El ponente de esta sentencia es el magistrado Excmo. Sr. Don Juan Gonzalo Martínez Micó.

No obstante, aunque el Tribunal Supremo, a raíz del caso COTY, abandona el precedente que supuso el caso Hewlett-Packard resuelto por la Sentencia de 4 de julio de 2014, un cambio en la composición de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Alto Tribunal va a dar lugar a un nuevo voto particular, formulado por el Excmo. Sr. Don Francisco José Navarro Sanchís, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2016, caso Arrow-Iberia Electrónica. En este voto particular se respalda el parecer del voto particular que ya acompañaba a la Sentencia de 5 de febrero de 2015, formulado por el Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco, siendo ambas opiniones contrarias a la posibilidad de que la Administración tributaria declare realizado en fraude de ley un negocio celebrado en un periodo o ejercicio respecto del que ya ha prescrito el derecho de la Administración a liquidar

La correcta apreciación del fraude de ley exige el análisis de la finalidad perseguida por el conjunto de las operaciones realizadas teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. En el caso enjuiciado, las operaciones fueron reales individualmente consideradas, pero la entidad no habría probado la lógica empresarial de tales operaciones y de ahí la artificiosidad y la esencia del fraude.

[S]e llevan a cabo una serie de operaciones: interposición de una sociedad holding, compraventa de acciones y préstamo, todas ellas reales y lícitas, pero cuando todas esas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial, pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal obtenida, la finalidad elusoria resulta evidente. El conjunto de operaciones, sin suponer una violación directa del ordenamiento jurídico, ha constituido un rodeo que buscaba crear artificiosamente las condiciones de aplicación de unas normas (deducibilidad de intereses, consolidación fiscal, etc) merced a las que conseguir la reducción de la carga fiscal, pero violando su espíritu (minoración de la tributación que verdaderamente corresponde a las sociedades operativas).

No puede considerarse como no probado el propósito elusivo de la reestructuración llevada a cabo, porque lo cierto es que, ante la ausencia de cualquier otra motivación económica válida para tal reestructuración, lo único que la justifica es precisamente la reducción de la carga fiscal de las dos sociedades operativas españolas. La reestructuración presenta como resultado patente un más que apreciable endeudamiento de COTY SPAIN con su matriz holandesa cuya carga financiera no sólo vacía su base imponible, sino también la de las dos sociedades operativas al tributar éstas junto con su matriz en régimen de consolidación, régimen éste en el que la base imponible consolidada resulta del sumatorio de las bases imponibles individuales de los miembros del Grupo con las posteriores y preceptivas eliminaciones e incorporaciones.

En definitiva, se han creado a propósito las circunstancias necesarias para generar una importante carga financiera en el Grupo consolidado. Es perfectamente lícito endeudarse para adquirir algo; sin embargo en el presente caso la relación causa-efecto se ha invertido: en realidad el objetivo no es adquirir y para ello se busca el endeudamiento, sino que, al revés, la finalidad es endeudar a la holding interpuesta al efecto para provocar el devengo intragrupo de unos intereses que reduzcan la carga tributaria de las dos sociedades operativas.

(FD 6º in fine)

3.5.3.5.- Inmediatamente tras esta sentencia, el Tribunal Supremo va dictar otras dos en un sentido similar, sentencias de la misma fecha 9 de febrero de 2015 y sobre el mismo caso (recursos de casación números 3971/2013 y 188/2014; caso SABIC antes GE Plastics de España o GEPESA¹⁵⁵).

En estas sentencias, el Alto Tribunal añade algunas consideraciones de interés. En primer lugar, la recurrente alegó la existencia de operaciones comparables que no habían sido consideradas en fraude de ley. Como la única diferencia entre unas y otras operaciones radicaba en la residencia de la entidad adquirida, la recurrente invocó una discriminación contraria al Derecho de la Unión en la medida en que se rechazaban los gastos financieros cuando la entidad adquirida era no residente y se aceptaban cuando residía en España. El Alto Tribunal rechazaría el argumento acudiendo a la enorme diferencia cuantitativa que existía entre unos y otros casos. Pero sobre todo, al hilo de esta cuestión, la Sala afirma que actualmente las normas antielusión y el propio Derecho de la Unión han de interpretarse a la luz de la necesidad de luchar contra conductas abusivas de elusión fiscal.

Para el Tribunal Supremo, la práctica corregida por la Administración tributaria constituiría precisamente *<<[e]n la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action Plan, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiéndolo reconocido también el legislador español ante el nuevo tratamiento de la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo . Efectivamente lo que buscó y provocó la matriz holandesa a través de préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones, fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja, o en este caso nula tributación, sin otra razón económica o empresarial que lo justificara>>*. Por otra parte, *<<[e]n cuanto al abuso de derecho, detrás de la operación de financiación y compra venta de las acciones de GEEE no existe ningún motivo económico válido que justifique el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de GEPESA, por todas las razones apuntadas por la Sala de instancia en la sentencia recurrida. Por consiguiente, contrariamente a lo que sucedía en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schwepps (asunto C-196/04), la operación enjuiciada en el presente recurso carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable>>* (FD 7º, en el recurso 3971/2013).

¹⁵⁵ En este caso las sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 2013 (recursos números 367 y 368/2010) fueron desestimatorias sin que se plantease la cuestión de la prescripción. El Tribunal Supremo actúa, pues, como puro tribunal de casación.

En segundo lugar, cuando la recurrente alega una posible vulneración del convenio de doble imposición, en la aplicación de estas normas antiabuso, la sentencia seguirá igualmente la estela de BEPS, para señalar que la aplicación de un convenio no puede amparar situación de desimposición, salvo que los Estados así lo hayan acordado de forma expresa. Los convenios no pueden ser un instrumento que legitime comportamientos elusivos o sirvan para anular las facultades de la Administración tributaria para recalificar una operación o considerarla realizada en fraude de ley. Es más, la sentencia afirma que “[l]a aplicación y la interpretación de los Tratados internacionales no pueden desplazar sin más la eficacia de los principios básicos de la tributación, recogidos en el artículo 31 de la Constitución española”. En particular, desde la perspectiva del principio de no discriminación, no puede presumirse una discriminación por el mero hecho de que todas las operaciones declaradas en fraude de ley por la Inspección de los Tributos se refirieran a grupos multinacionales, como era el caso de estas compras apalancadas, si estas circunstancias no se habían apreciado en grupos españoles.

Finalmente, en este como en otros casos, actuando como tribunal de casación, el Tribunal Supremo se limitará a aceptar la falta de justificación económica de las operaciones apreciada por la Sala de instancia sin revisar o cuestionar la valoración de la prueba llevada a cabo en la sentencia recurrida.

3.5.3.6.- Estas tres primeras sentencias confirmando las resoluciones administrativas van a descansar pues sobre tres ejes:

a) En primer lugar, el Alto Tribunal va a compartir el parecer de la Administración tributaria en cuanto a la finalidad fiscal de las operaciones llevadas a cabo como aparentes reestructuraciones empresariales. Esta artificiosidad no desaparece por haberse realizado las operaciones a precios de mercado y evitando un exceso de endeudamiento, pues la cuestión debatida era la existencia de un fraude de ley y no la correcta aplicación de las normas sobre precios de transferencia o subcapitalización.

b) Por otra parte, la Sala va a enlazar claramente la reacción de la Administración tributaria española con la reacción internacional contra las prácticas de erosión y transferencia de beneficios. En suma, el Tribunal Supremo, como ha hecho en otras ocasiones, asume con rapidez y sin demasiadas dudas las recomendaciones internacionales, en este caso las derivadas del plan BEPS.

c) Finalmente, estas sentencias afrontan también la posible existencia de una discriminación encubierta en las actuaciones de la Administración, tanto desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea como de los convenios de doble imposición. A ambos efectos, el Tribunal Supremo va a rechazar la existencia de la pretendida discriminación añadiendo algunos comentarios sobre la finalidad de los convenios de doble imposición que también enlazarían

con las recomendaciones internacionales en el terreno del proyecto o plan BEPS.

Tras estas sentencias, encontramos otras del Tribunal Supremo sobre el mismo tipo de casos. De estas sentencias, dos van a ser favorables al contribuyente y deben pues ser analizadas individualmente; una sentencia merece un comentario aparte, como luego veremos; y, por último, las demás sentencias confirman el planteamiento de la Administración tributaria siguiendo sin más la doctrina fijada por el Alto Tribunal en estas primeras sentencias de febrero de 2015. Estas sentencias favorables al planteamiento de la Administración y contrarias a los efectos fiscales pretendidos por los contribuyentes son las siguientes¹⁵⁶:

- a) Sentencia de 12 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 184/2014; caso Mann Hummel Ibérica). La Audiencia Nacional ya había rechazado el recurso de la entidad en Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (recurso núm. 17/2010).
- b) Sentencia de 23 de marzo de 2015 (recurso de casación núm. 682/2014; caso Hanson Pioneer España). Se recurre por la entidad la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2014 (recurso núm. 456/2010). De nuevo el Alto Tribunal, en ésta como en la anterior sentencia, va a insistir en la ausencia de una lógica empresarial en las operaciones realizadas con el fin de desvirtuar la renta real obtenida con una reducción injustificada de la base imponible española.
- c) Sentencia de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación núm. 3162/2014; caso Securitas). Este es un caso más complejo, en relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2014 (recurso núm. 234/2011). La Sala de instancia había estimado el recurso de la entidad por varios motivos de índole procedimental relacionados no sólo con la prescripción sino también con el ámbito real de la declaración de fraude de ley y la aplicación bien de esta noción o bien del conflicto en la aplicación de la norma tributaria atendiendo a la fecha de los negocios u operaciones.

Sobre la validez de las operaciones, el Alto Tribunal en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia describe las operaciones y la regularización llevada a cabo por la Administración por entender que

¹⁵⁶ Junto a estas sentencias existen otras en las que se rechaza el planteamiento de la Administración tributaria por razones vinculadas con la duración del procedimiento de inspección, de un modo u otro. Luego volveremos sobre estas otras sentencias al hilo de la señalada como merecedora de un comentario aparte.

la finalidad de las operaciones no era otra que generar gastos financieros fiscalmente deducibles que se compensan con ingresos por dividendos, exentos fiscalmente. Y en el fundamento de derecho octavo siguiente la Sala nos dice que *<<[f]rente a la exposición y argumentación de la declaración de fraude de ley, la demandante no ha ofrecido una justificación económica suficiente de la operación de compraventa de sociedades y financiación de las mismas, las cuales merecen el calificativo de artificiosas, pues salvo la finalidad fiscal pretendida carece de sentido empresarial global la constitución de una holding en España, los flujos de fondos intragrupo y el endeudamiento de la sociedad española>>*. Y añade:

No se trata, pues, de negar la realidad de las operaciones realizadas, tanto las de compra, como las de préstamo, pero sí de que dichas operaciones respondieran a una real actividad económica, que no ha quedado demostrada. De ahí la artificiosidad, pues la única finalidad de las mismas solo pudo ser la fiscal.

Por todo ello, la sentencia concluye:

En fin, no puede afirmarse que la conclusión alcanzada en función de las circunstancias concurrentes sea contraria al Derecho Comunitario, pues no se cuestiona la deducibilidad de los gastos por la circunstancia de que la matriz del grupo sea una sociedad no residente, sino, insistimos una vez más, por no responder la operación a una verdadera finalidad económico- empresarial, que afecta a una entidad residente, sin que pueda hablarse por tanto, de discriminación a no residentes, ni de vulneración de los Convenios de doble imposición¹⁵⁷

¹⁵⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (caso Securitas) ofrece interés también por las cuestiones procedimentales que se plantean en el caso.

En primer lugar, aunque la Sala entiende acreditado el fraude de ley y superada la doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 2014 (caso Hewlett Packard), se mantiene la prescripción declarada en la instancia en relación con los ejercicios 2003 y 2004 al no haber impugnado el Abogado del Estado la sentencia de instancia en cuanto a la extemporaneidad del acuerdo de ampliación del plazo de duración de las actuaciones inspectoras y el indebido cómputo de las interrupciones derivadas de requerimientos de información a Administraciones extranjeras.

Por otra parte, en relación con el ejercicio 2005, se plantean dos cuestiones procedimentales. Por un lado, la Sala de instancia había entendido que la declaración de fraude de ley no comprendía todas las operaciones luego objeto de la regularización. Y el Tribunal Supremo confirma esta concepción vinculante del acto de declaración de fraude de ley que no sólo ha de ser coherente con la regularización posterior sino que ha de ser interpretado en sus estrictos términos con independencia de otras regularizaciones diferentes que sean procedentes.

Finalmente, en el caso se plantea una cuestión de derecho transitorio, pues la Administración había entendido que ante este complejo negocial la única vía procedente era la declaración de fraude de ley,

d) Sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso de casación núm. 3421/2015; caso Arrow-Iberia Electrónica). Esta sentencia constituye una reiteración bien ordenada de la doctrina anterior¹⁵⁸.

3.5.3.7.- Como ya hemos advertido, en el caso de las compras apalancadas aparecen dos sentencias en las que el Tribunal Supremo va a inclinarse del lado del contribuyente. La primera de estas sentencias es la de 26 de febrero de 2016 (recurso de casación núm. 4072/2013; caso GlaxoSmithKline). La segunda, la de 20 de mayo de 2016 (recurso de casación núm. 2945/2014; caso Colgate Palmolive Holding).

3.5.3.7.1.- La primera de estas sentencias va a suponer el primer caso en el que el Tribunal Supremo da la razón a un contribuyente por entender que el

frente a lo cual la Sala de instancia había considerado que había negocios con sustantividad propia realizados ya tras la entrada en vigor de la LGT 2003 por lo que procedía la utilización del conflicto en la aplicación de la norma tributaria de acuerdo con la disposición transitoria tercera, apartado 3, de la propia LGT. El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Sala de instancia y al hacerlo entiende imprescindible la utilización del instrumento idóneo en cada caso, aunque posiblemente mezcla la cuestión de la aplicación de los artículos 15 y 159 de la LGT con la relativa a la normativa aplicable al procedimiento de inspección iniciado en 2007 y por ello desde luego tras la entrada en vigor de la LGT. En realidad, los apartados 1 y 3 de la disposición transitoria tercera de la LGT 2003 tienen un ámbito de aplicación claramente distinto y en el primer caso lo decisivo resulta ser la fecha de las operaciones con independencia de la de comienzo del procedimiento.

Con todo ello, la sentencia termina manteniendo los actos de la Administración únicamente en relación con la liquidación de 2005 por los gastos financieros derivados de la operación de financiación realizada en 2003.

¹⁵⁸ Adicionalmente, la Sentencia de 22 de diciembre de 2016 contiene la siguiente afirmación:

Como pone de relieve el Abogado del Estado, aquí no se trata de determinar qué negocio alternativo usual o común debió ser empleado por el contribuyente para la constitución de la estructura holding una vez que hubiera adoptado la matriz la decisión de reorganizar el grupo, como parece requerir el recurso, sino de ofrecer una explicación racional mínimamente verosímil de que la finalidad de las operaciones no era precisamente la de frustrar el resultado tributario impuesto por la norma aplicable. No es tanto pues, como parece exigir el recurso, que la obtención de ventajas fiscales condicione la realización de operaciones, como que la realización de operaciones con ese exclusivo fin no puede evitar la aplicación de las normas tributarias imperativas.

No cabe olvidar que el efecto del fraude de ley no es impedir el acto realizado al amparo del texto de una norma de cobertura, sino no impedir la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir.

Nada se prohíbe, pero no deja de aplicarse la norma imperativa que grava la renta de las sociedades.

En resumen, cuando todas estas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente, pudiendo tenerse por probada la existencia de un propósito elusorio del impuesto que es otro de los requisitos constitutivos del fraude de ley...”

(FD 4º)

recurrente había probado la existencia de motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal en la realización de las operaciones controvertidas. No sólo era la primera vez en la que la razón quedaba del lado del contribuyente en un caso de compras apalancadas intragrupo sino en general en un supuesto de aplicación de una norma general antielusión.

Para comprender el caso GLAXO conviene tener en cuenta dos aspectos del mismo. En primer lugar, hay que comprender la situación procesal. La sentencia del Tribunal Supremo se va a producir como consecuencia de un recurso de casación de la Abogacía del Estado contra una Sentencia de 21 de noviembre de 2013 (recurso núm. 85/2011) de la Audiencia Nacional. La Sala de instancia había estimado el recurso de la entidad por entender que no era posible declarar realizada en fraude de ley una operación cuando ésta se efectuó en un ejercicio prescrito aunque la Administración limitara los efectos de la declaración a las consecuencias de aquel negocio en ejercicios no prescritos y sujetos a comprobación. Es decir, la Audiencia Nacional siguió en este caso, como en otros, un criterio que el Tribunal Supremo iba a compartir en la Sentencia de 4 de julio de 2014 (caso Hewlett Packard) para luego rectificar a partir de la Sentencia de 5 de febrero de 2015 (caso COTY). Por lo tanto, el Alto Tribunal, siguiendo ya la doctrina que acababa de fijar en esta última sentencia, casa y anula la sentencia de la Audiencia. En consecuencia, el Tribunal Supremo procede a enjuiciar la cuestión de la justificación económica de las operaciones que no fue juzgada en la instancia y analiza, por vez primera, en vía jurisdiccional la validez de la declaración de fraude de ley en sí misma, incluyendo con plena jurisdicción la apreciación de la prueba.

Por otra parte, las circunstancias de las operaciones eran también peculiares en el caso GLAXO. De acuerdo con el propio relato que hace la sentencia, a finales del año 2000, se había producido la fusión a nivel mundial de los grupos farmacéuticos SmithKline Beecham y Glaxo Wellcome, dando lugar a GlaxoSmithKline. A nivel europeo, la entidad holding regional con residencia en Luxemburgo decidió en consecuencia reorganizar e integrar los dos grupos españoles. La nueva entidad cabecera de un único grupo fiscal en España sería GlaxoSmithKline, S.A., tras cambiar de denominación social a la entidad cabecera del grupo SmithKline Beecham. Para llevar a cabo esta integración GlaxoSmithKline, S.A. adquirió en 2001 de la citada entidad luxemburguesa las acciones de Glaxo Wellcome, S.A., antes cabecera de su grupo, de forma que la compradora quedó como cabecera en España del grupo consolidado único. Esta compra se financió mediante un préstamo a la sociedad compradora por el mismo importe del precio de las acciones, otorgado por otra sociedad del grupo también residente en Luxemburgo. Más tarde, el préstamo sería cedido a una entidad que actuaba como centro de coordinación en Bélgica.

En el año 2002 SmithKline Beecham, S.A. y Glaxo Wellcome, S.A., llevaron a cabo una escisión parcial a favor de las entidades GlaxoSmithKline, S.A., y de

una sociedad de nueva creación llamada GlaxoSmithKline Investigación y Desarrollo, S.L. Como consecuencia del proceso de escisión, la compañía GlaxoSmithKline, S.A., incorporó a su patrimonio determinadas ramas de actividad escindidas de cada una de las filiales anteriores Smithkline Beecham, S.A. y Glaxo Wellcome, S.A. La entidad GlaxoSmithKline Investigación y Desarrollo, S.L., incorporó la rama de investigación y desarrollo de medicamentos de Glaxo Wellcome, S.A. y Smithkline Beecham, S.A..

La Inspección de los Tributos entendió que si la escisión parcial se hubiera hecho sin la previa adquisición de las acciones de Glaxo Wellcome, S.A., por parte de GlaxoSmithKline, S.A., las actividades de las distintas sociedades del grupo hubieran sido las mismas que con la adquisición previa de las acciones de Glaxo Wellcome, S.A. por parte de GlaxoSmithKline, S.A. La única diferencia hubiera sido que Glaxo Wellcome, S.A. no se hubiera integrado a efectos fiscales en el grupo fiscal antes de la escisión. En particular, para la Inspección de los Tributos, el préstamo concertado tenía una finalidad puramente fiscal puesto que la adquisición de las acciones de Glaxo Wellcome, S.A. no era necesaria para la integración de los dos grupos.

Al analizar la validez fiscal de las operaciones, el Tribunal Supremo asume la afirmación de la entidad cuando en su demanda señalaba que la Administración en realidad sólo cuestionaba el préstamo pues nadie había dudado de la racionalidad de la reorganización en el marco de la fusión mundial de los dos grandes grupos farmacéuticos. Para la Administración, el grupo había aprovechado la reorganización para incrementar el endeudamiento del grupo español, erosionando sus bases imponibles con un traslado de beneficios hacia una entidad situada en un Estado con una menor tributación.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho décimo de esta sentencia, va a aceptar la justificación económica de las operaciones, acreditada a juicio de la Sala por la prueba aportada por la recurrente y, en particular, la prueba pericial. Y va a rechazar, en este caso, que el fraude de ley pueda sostenerse sobre el argumento de que la entidad pudo hacer las operaciones de otra manera que suponía un tratamiento fiscal menos ventajoso. Tras un recorrido por la jurisprudencia existente sobre el fraude de ley y sus diferencias conceptuales con la economía de opción, el Tribunal Supremo decide sobre la base de las siguientes premisas.

En primer lugar, el Alto Tribunal advierte que la cesión del préstamo a una entidad acogida al régimen de los centros de coordinación belgas dentro del mismo grupo y con un régimen fiscal favorable, no puede ser considerada en sí misma como una evidencia de la existencia de fraude de ley.

En segundo lugar, para la Sala va a resultar crucial la perspectiva de la reorganización mundial del grupo que exigía la del grupo español. Este proceso de reestructuración tuvo dos fases, de reagrupamiento y de reorganización. En

la primera fase resultaba necesario o conveniente articular mecanismos para unificar los dos grupos preexistentes y sus sociedades. Y por ello se llevó a cabo la compra de una sociedad. La propia Administración reconoce la racionalidad de la reestructuración pero considera que pudo hacerse mediante una aportación en lugar de una compraventa y un préstamo que sólo obedecían a razones fiscales.

Por otra parte, la Sala coincide con el informe pericial en que una manera habitual de reestructuración pasa por la compra de las acciones de una de las empresas por la otra. Por lo tanto, las operaciones realizadas no resultan extrañas ni ilógicas en un proceso de reestructuración empresarial. Prescindiendo del caso concreto, y con carácter general, el mecanismo utilizado sería normal y racional de modo que la obtención de un beneficio fiscal, legítimo, no sería la única finalidad perseguida con carácter general.

La Sala recuerda el <<[f]enómeno de la elusión fiscal de compañías multinacionales mediante ingeniería fiscal en el que se consigue la deducibilidad de los gastos financieros derivados de la financiación de las sociedades que conforman dichas compañías en casos parecidos al que nos ocupa, y que ha dado lugar a reformas legislativas con cláusulas específicas para hacer frente a estas prácticas, que al menos formalmente se ajustaban a la legislación aplicable>>. Pero ello, advierte, no puede suponer una presunción de fraude aplicado en los supuestos de prácticas generalizadas y sostenidas en el tiempo sin reacción de la Administración para corregir la práctica seguida, de suerte que en todos estos supuestos se parta como premisa a desvirtuar que existe un fraude de ley, sino que ha de estarse a cada caso concreto.

La Administración debe acreditar en cada caso que ha existido fraude de ley, es decir, una operación artificiosa con el único o preponderante propósito de lograr la ventaja fiscal. Para la Administración tributaria la integración podía haberse llevado a cabo sin coste alguno, si se hubiera realizado mediante una aportación no dineraria, acogida al régimen especial de operaciones de reestructuración. Sin embargo, el Tribunal Supremo va a entender en este caso que, considerando el contexto en el que se producen las operaciones controvertidas, las circunstancias tenidas en cuenta por la Administración tributaria, para llegar a las conclusiones expuestas, son susceptible de lecturas diferentes, como la que se ofrece en el informe pericial, de modo que no resultaría acreditado que las operaciones sólo buscaran una ventaja fiscal. El Tribunal Supremo acepta la explicación de que la compra de las acciones de la cabecera española de uno de los grupos podía obedecer al deseo de unificación de todas las sociedades en un solo grupo, lo que se consiguió mediante esa compra. En cuanto al apalancamiento, el Tribunal asume el criterio del perito actuante, que invocó la tardanza en el pago de las deudas por parte de la Administración y acreditó los resultados positivos obtenidos en una

perspectiva temporal. Por lo tanto, nadie había dudado de la necesidad de acometer la reestructuración para la unificación de las sociedades después de la unión de los dos grupos a nivel mundial. Por lo tanto, la compra de acciones, al perseguir dicho objetivo, no obedecía sólo a razones fiscales. En conclusión, el Tribunal entiende que en este caso la Administración no había despejado las dudas existentes, pues no habría llegado a justificar y acreditar que, aun admitiendo que las consideraciones de ahorro fiscal hubieran sido tenidas en cuenta, esas razones fiscales hubieran sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas.

En un análisis de este tipo, lo fundamental es determinar si las operaciones controvertidas resultan artificiosas y carecen de sentido fuera del ámbito tributario, esto es, si nada más tienen sentido por motivos estrictamente tributarios, del ahorro fiscal que se consigue con las mismas. Y para el Tribunal Supremo resulta incuestionable que las operaciones se integran dentro del conjunto de operaciones de reestructuración que responden a motivos económicos válidos.

No obstante, hay que tener en cuenta que la sentencia del caso GLAXO va acompañada de un voto particular¹⁵⁹. Los magistrados disidentes ponen el acento precisamente en la necesidad de distinguir entre la reorganización empresarial y los gastos financieros generados que se pretenden deducir en el impuesto sobre sociedades. Desde esta perspectiva, resulta crucial tanto el ratio de endeudamiento del grupo español resultante, que es superior al del grupo mundial, como la posibilidad cierta de haberse podido realizar la reorganización sin coste alguno mediante operaciones societarias. Por lo tanto, el voto particular defiende la correcta declaración del fraude de ley, en línea con lo decidido por la misma Sala en sus sentencias de 9 y 12 de febrero de 2015.

3.5.3.7.2.- La segunda de las sentencias favorables al contribuyente se produce en el llamado caso COLGATE, sentencia de 20 de mayo de 2016¹⁶⁰.

Una vez más, la situación procesal del caso viene condicionada por la cuestión de la prescripción. La Audiencia Nacional en su sentencia de 26 de junio de 2014 (recurso núm. 68/2011) había seguido la doctrina de impedir la declaración de fraude de ley cuando la operación tuvo lugar en un ejercicio prescrito. En consecuencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación del Abogado del Estado, de acuerdo con la doctrina contraria a la establecida en el caso Hewlett-Packard, y ello obliga al Tribunal Supremo a constituirse en

¹⁵⁹ Voto particular que formulan los magistrados Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Montalvo y Excmo. Sr. Don Manuel Martín Timón.

¹⁶⁰ El ponente de esta sentencia es el Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce.

tribunal de instancia para resolver la cuestión de fondo relativa a la validez de la operación.

De acuerdo con la propia sentencia, los hechos del caso parten de una adquisición en 2001, por la cual la entidad recurrente adquirió a su accionista, entidad residente en Estados Unidos, el 40 por 100 del capital social de Colgate Palmolive Hellas, sociedad residente en Grecia, perteneciente ya al grupo. La compra se financió mediante un préstamo concedido por un banco irlandés. Más tarde, en 2003, la entidad recurrente adquirió a su accionista otro 26,67 por 100 del capital social de la entidad griega. Esta compra se financió mediante otro préstamo bancario. En diciembre de 2003 la entidad recurrente amplió su capital social, con una prima de emisión, y una entidad holandesa del grupo aportó el 33,33 por 100 de la entidad griega.

Según el acuerdo de declaración de fraude de ley, la entidad recurrente no tenía estatutariamente el objetivo de reordenar las participaciones del Grupo Colgate en un contexto de mejora de la gestión de las sociedades del sur de Europa, argumento esgrimido por la recurrente para justificar la racionalidad económica de la operación. Las operaciones de adquisición de las participaciones de la sociedad no residente se pudieron haber hecho mediante aportaciones no dinerarias. La compra de acciones financiadas con deuda y combinada con aportaciones no dinerarias supuso la aparición de gastos financieros significativos, derivados de operaciones que no alteraron en definitiva la participación del grupo en las sociedades involucradas. Tampoco cambió significativamente la gestión de dichas sociedades en un grupo mundial en el que la gestión estratégica de las entidades europeas se asume por una entidad no residente en España.

Y, sin embargo, el Tribunal Supremo va a entender que todas estas circunstancias eran insuficientes para confirmar la declaración de fraude de ley. La Sala achaca al acuerdo que se centre en el endeudamiento de la entidad, por producir unos gastos financieros en España que supusieron una minoración de la base imponible, olvidando la posible justificación económica de la operación. La sentencia rechaza que se buscase con los préstamos concedidos a la entidad recurrente exclusivamente erosionar su base imponible. Por otra parte, la adquisición de la entidad griega se enmarcaría en la adquisición de las filiales española y portuguesa. Aunque estas adquisiciones se efectuaron a través de aportaciones no dinerarias, el que la recurrente acudiese en este caso a la compra de las acciones financiada con deuda y combinada con aportaciones no dinerarias, no permite a juicio de la Sala entender sin más que el objetivo principal de la operación fuese exclusivamente el fiscal, pues nos encontraríamos ante dos alternativas plenamente válidas.

La Sala resalta también que la financiación fuese bancaria y, finalmente, la Sala recuerda que “[e]s a la Administración a la que corresponde acreditar la

*existencia de un montaje puramente artificial, siendo lo cierto que en este caso no llegó a justificar y acreditar que las razones fiscales hayan sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas*¹⁶¹.

En esta breve sentencia, el Tribunal Supremo asume pues la prueba practicada y no valorada en la instancia acerca de la justificación económica de la operación. Sin una justificación mayor, la Sala acepta la existencia de esos motivos económicos que desharían la finalidad fiscal primordial exigida para el fraude de ley. Y, sobre todo, la sentencia parece descansar en la insuficiencia del esfuerzo probatorio de la Administración pues la Sala termina insistiendo en que correspondía a la Administración acreditar la existencia de un montaje puramente artificial, en terminología que la Sala trae de la jurisprudencia del TJUE. Ciertamente, no faltan sentencias en las que el Tribunal Supremo ha entendido que correspondería a la parte recurrente justificar las razones económicas de las operaciones controvertidas al menos una vez que la Administración ha puesto las mismas en tela de juicio por el carácter inusual de las mismas y la obtención con ellas de ventajas fiscales significativas.

3.5.3.8.- En esta serie de sentencias sobre el caso de las compras o adquisiciones apalancadas, llegamos a una sentencia diferente como es la de 19 de julio de 2016 (en el recurso de casación núm. 2553/2015; caso Sara Lee Southern Europe¹⁶²).

Esta sentencia llama la atención por tres motivos. En primer lugar, la Audiencia Nacional en Sentencia de 25 de junio de 2015 (recurso núm. 192/2012) había estimado el recurso de la entidad exclusivamente por la prescripción apreciada como consecuencia del incumplimiento del plazo de duración del procedimiento de inspección. El Tribunal Supremo va a casar y anular la sentencia de instancia con argumentos al menos discutibles como veremos después. En segundo lugar, constituido el Tribunal Supremo pues en tribunal de instancia, la sentencia sorprende por el tono en un caso relativamente semejante a otros ya fallados en relación con las compras apalancadas en grupos multinacionales. Finalmente, la sentencia refleja el parecer recogido en otras a favor de una concepción amplia de la simulación construida sobre la finalidad fiscal de las operaciones, pero hace estas consideraciones en un caso de fraude de ley semejante a otros que merecieron generalmente este tratamiento.

¹⁶¹ La sentencia cuenta también con un voto particular del magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco. No obstante, el voto particular se refiere sólo a la cuestión de la prescripción en la medida en la cual la Sala sigue la doctrina contraria a la sentada inicialmente en la Sentencia de 4 de julio de 2014 y admite que se declare el fraude de ley respecto de una operación realizada en un ejercicio prescrito por los efectos de esa operación en ejercicios no prescritos.

¹⁶² El ponente de esta sentencia es el magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Vicente Garzón Herrero. La entidad recurrida en casación no era ya Sara Lee sino Jacobs Douwe Egberts ES S.L.U., por sucesión.

De acuerdo con los antecedentes de la propia sentencia del Tribunal Supremo, los hechos fundamentales del caso son los siguientes. La entidad Sara Lee Southern Europe, S.L. adquirió en el año 2000 a su propia matriz, una entidad con residencia fiscal en los Países Bajos, participaciones de sociedades que también pertenecían al grupo, con la financiación proporcionada por otra sociedad del grupo, con residencia fiscal en Luxemburgo. El grupo mundial tenía como cabecera última a la entidad Sara Lee Corporation con residencia fiscal en los Estados Unidos. Estas operaciones se inscribieron en una reorganización del grupo y supusieron una vez más la deducción de los intereses o gastos financieros derivados de los préstamos suscritos. La reorganización supuso también una serie de aportaciones no dinerarias y fusiones que permitieron a Sara Lee Southern Europe ser titular de un grupo de entidades radicadas en el sur de Europa.

Sara Lee Southern Europe suscribió dos contratos de préstamo con la sociedad del grupo residente en Luxemburgo. El importe conjunto de ambos préstamos ascendió a 636 millones de euros. Dichos préstamos tenían inicialmente su vencimiento en 2060. La entidad prestamista se financió a su vez con préstamos de otra entidad holandesa del grupo, compensando los intereses a favor y a su cargo. La entidad holandesa prestamista última no tributaba por los intereses percibidos dadas las condiciones de la operación y, en particular, la duración del préstamo, lo que asimilaba éste a una participación en fondos propios.

Para la Administración tributaria, la reorganización supuso un mero movimiento interno de participaciones societarias, por el cual la entidad española adquiere participaciones en otras sociedades, una de ellas residente en España, que como aquella, ya pertenecían al grupo mundial. La adquisición se hace a la propia entidad holandesa titular también de las participaciones de la entidad española. La reorganización combina aportaciones no dinerarias en ampliaciones de capital y compra de los títulos, con financiación en este caso de otra empresa del mismo Grupo, lo que genera los correspondientes gastos financieros.

En el expediente no constaban alegaciones de la entidad sobre la racionalidad de la asunción de los pasivos financieros. Tampoco se acreditó a juicio de la Administración que la reorganización operativa del grupo exigiera cambio de titularidad de las sociedades afectadas ni que, si fuera conveniente ese cambio de titularidad, hubiera de hacerse por medio de una compra financiada mediante la asunción de una relevante carga financiera, cuando toda la reorganización pudo haberse llevado a cabo por medio de aportaciones no dinerarias en ampliaciones de capital.

Como ya hemos advertido, la Audiencia Nacional estimó el recurso por el exclusivo motivo de la prescripción en relación con las liquidaciones correspondientes a todos los ejercicios comprobados, 2002/2003, 2003/2004 y

2004/2005. El Tribunal Supremo va a casar y anular la sentencia de la Audiencia Nacional por diferir de la interpretación hecha por la Sala de instancia en relación con el artículo 150 de la LGT¹⁶³. Constituido en tribunal de

¹⁶³ Es importante tener en cuenta este primer aspecto y único debatido en la instancia. Las actuaciones inspectoras se habían iniciado en julio de 2007 y habían concluido en abril de 2010. Desde el inicio de las actuaciones inspectoras hasta la firma del Acta con la propuesta de liquidación en noviembre de 2009, habían transcurrido 861 días, durante los que se habían suscrito 58 diligencias, fijándose por la Administración tan solo 37 días de inspección efectiva, pues el resto del tiempo se imputaron como dilaciones indebidas.

La Sala de instancia trajo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las dilaciones no imputables a la Administración en el procedimiento de inspección. En casos semejantes, el Tribunal Supremo había rechazado estas dilaciones desmesuradas cuando por otra parte no había existido un verdadero obstáculo para la continuidad de las actuaciones inspectoras que se habían desarrollado normalmente. En consecuencia, la Sentencia de instancia se remite en primer lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 (recurso de casación núm. 541/2012) en la que el Tribunal Supremo expone su jurisprudencia al respecto a partir de la sentencia de 24 de enero de 2011, doctrina reiterada después en las sentencias de 27 de junio de 2012 (recurso de casación núm. 6555/2009) y de 28 de septiembre de 2012 (recurso de casación núm. 838/2010).

En el caso enjuiciado, en el que no se acordó la ampliación del plazo de duración de las actuaciones, la Sala de instancia entendió que no había existido tardanza o demora alguna en las actuaciones inspectoras, con independencia del incumplimiento parcial de lo requerido por la Inspección, pues la inspección continuó ininterrumpidamente, plasmándose en las diligencias las actuaciones realizadas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo va a discrepar radicalmente del planteamiento de la Audiencia Nacional. En cuatro breves fundamentos de derecho (5º a 8º), el Alto Tribunal expone su discrepancia centrada en tres aspectos:

- a) En primer lugar, el Tribunal Supremo critica la cita de su sentencia de 19 de abril de 2012, pues, a su juicio, *<<[e]sta cita tiene el inconveniente de llevarse a cabo, como tantas veces suele suceder, con una absoluta desconexión del hecho examinado, olvidando que el valor de la jurisprudencia está esencialmente conectado con el hecho que se decide, de manera que si entre el hecho en que se produce la jurisprudencia que se invoca y el que se resuelve hay notorias diferencias, es preciso calibrar el alcance de tales diferencias para determinar la aplicabilidad de la jurisprudencia invocada>>*. A lo que la Sala añade que en el caso de aquella sentencia de 19 de abril de 2012 la duración del procedimiento inspector fueron 1281 días, y se llevaron a cabo 11 diligencias, mientras que en el caso enjuiciado se han efectuado 58 diligencias y su duración ha sido de 861 días. Para el Tribunal Supremo, parece evidente que esas circunstancias merecían alguna consideración por parte de la resolución impugnada y más cuando en ella se afirma que no se aprecia tardanza o demora alguna en las actuaciones inspectoras, con independencia del incumplimiento parcial de lo requerido por la Inspección pues las actuaciones continuaron ininterrumpidamente. Para el Tribunal Supremo, la sentencia recurrida se funda en la necesidad de conceder un plazo de diez días cuando se requiera la presentación de documentación existiendo una dilación cuando la omisión de la entrega de la documentación ha impedido la continuación con normalidad del desarrollo de la labor inspectora. Sin embargo, para el Tribunal Supremo *<<[e]stas afirmaciones requieren matices, pues lo transcendente, en último término, es si el plazo de diez días hay que concederlo en todo caso, si ha sido o no concedido en este recurso, y en su caso, el alcance de ese incumplimiento...>>*.
- b) Dicho esto, el Tribunal Supremo hace su propia exposición de lo sucedido en el procedimiento para decir en su sentencia (en el FD 6º) que *<<[c]omo pórtico de todo nuestro razonamiento, en este punto, se ha de poner de relieve que en ningún momento, ni en vía administrativa, ni*

jurisdiccional, la demandante ha sostenido la irrelevancia e innecesariedad de la documentación requerida por la Inspección>>. En consecuencia, <<[h]a de concluirse que la no aportación de la documentación requerida en tiempo no permitía el desarrollo con «normalidad» de la actuación inspectora, pues una cosa es que se produzcan actuaciones y otra el desarrollo con «normalidad» de la actividad inspectora que requiere una continuidad temporal y de fines que se rompen cuando no se aporta en tiempo la documentación solicitada, si esta es relevante y trascendente para la continuidad de la inspección, que es lo que aquí sucede, como hemos razonado>>. Por otra parte, con respecto al otorgamiento del plazo de 10 días, la sentencia de instancia no cuantificaba ese plazo en cada caso, <<[c]álculo indispensable para la obtención de las dilaciones imputables a la Administración y que podrían llevar a la decisión adoptada>>. Por otra parte, <<[l]a sentencia impugnada parece suponer que toda la documentación requerida exige el otorgamiento del plazo de diez días, lo que no es así, a tenor del artículo 36 del Real Decreto 939/1986, que es el aplicable dada la fecha en que comenzó la inspección, junio 2007, pues el Real Decreto 1065/2007 entra en vigor el 1 de enero de 2008, es decir, cuando el procedimiento analizado ya había sido iniciado. Finalmente, y esto es lo decisivo, este plazo de 10 días y a la vista del anexo 2 es irrelevante pues en todo momento el administrado había dejado pasar el período de 10 días para entregar documentos que le habían sido previamente requeridos y que, sin embargo, no habían sido entregados. (Por ejemplo, y como muestra, el documento número 3 requerido en la actuación inicial no se aporta hasta la diligencia que tiene lugar el 22 de enero de 2008, lo que significa que el plazo de 10 días dado para los requerimientos de información posteriores al de inicio de las actuaciones son irrelevantes, vista la demora del administrado en la entrega de ese documento y su responsabilidad en esa omisión, y la importancia que esa documentación siempre tuvo. Lo ocurrido con esta primera actuación se reitera en todo el procedimiento y explica su extraordinaria duración)>>.

- c) Por todo ello, el Tribunal Supremo considera incorrecta la conclusión alcanzada por la Sala de instancia en cuanto al exceso de duración en el procedimiento de inspección lo cual le permite casar la sentencia impugnada y entrar a resolver el fondo del asunto. No obstante, antes se enfrenta al pronunciamiento “*obiter dicta*” que contenía la Sentencia de la Audiencia Nacional cuando tras reconocer que la base de su decisión se hallaba en la prescripción apreciada indicaba que obraba <<[e]n autos informe pericial, en el que se concluye que la operación de reestructuración empresarial tiene racionalidad económica y se realizó con criterios coherentes y habituales en el mercado en su forma de estructurarse y financiarse, lo cual admite la Sala dados los fundados razonamientos contenidos en el informe>>. Ante la pretensión de la entidad, en su oposición al recurso de casación, de que se diese valor a esta afirmación, el Alto Tribunal responde aludiendo a la <<[i]nutilidad, innecesariedad y confusión que introduce el pronunciamiento que sobre el fraude de ley formula dicha resolución>>. En suma, aunque el Abogado del Estado no impugnara este concreto extremo de la sentencia, se trata de un “*obiter dicta*”, que no impide al tribunal de casación entrar a resolver el fondo del asunto como tribunal de instancia una vez estimado el motivo relativo a la prescripción.

La decisión inicial del Tribunal Supremo que abre la puerta a su decisión sobre la cuestión de fondo merece algunos comentarios. En primer lugar, cabe decir que la sentencia de la Audiencia Nacional se fundaba en una consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 150 de la LGT 2003 y la normativa anterior contenida en el artículo 29 de la LDGC. Esta jurisprudencia no solo resulta de las sentencias de 24 de enero de 2011 y de 19 de abril de 2012, sino de otras muchas y más recientes. En este sentido, poco añaden las sentencias que la propia del Tribunal Supremo invoca (es decir las de 22 de julio de 2013 y 25 de abril de 2014), frente a otras como, por citar solo las últimas, las de 1 de marzo de 2016 (recursos de casación núm. 3155/2014 y núm. 3959/2014) y de 20 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3148/2014). Esa consolidada doctrina descansa en la trascendencia del plazo fijado hoy en el artículo 150 de la LGT y en una noción de dilación que excluye tanto la continuación con normalidad de las actuaciones inspectoras como la pretensión de dilaciones desmesuradas que absorben

instancia el Tribunal Supremo va a desestimar el recurso de la entidad con unas consideraciones de una especial contundencia.

En primer lugar, el Tribunal Supremo hace una serie de afirmaciones sobre el significado legal y moral de operaciones como las descritas. Y estas afirmaciones merecen que nos detengamos ya en ellas.

Nos dice el Alto Tribunal en su sentencia que *<<[o]peraciones del tipo de la aquí controvertida viene siendo defendidas en virtud del principio de autonomía de la voluntad>>*. Sus defensores, añade la sentencia, llegan a pretender que esas decisiones personales sean avaladas sin otro límite que no sea el de la voluntad individual expresada. A lo que el Alto Tribunal responde del siguiente modo:

prácticamente toda la duración del procedimiento de inspección. Esta era la razón de ser de la postura de la Audiencia Nacional en este caso y no exactamente la cuestión del plazo inicial de diez días. En este contexto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sería una cuestión de hecho determinar cuándo ha existido o no una dilación apreciando la trascendencia de la documentación solicitada y la claridad de los requerimientos y evitando un alargamiento absurdo del procedimiento de inspección. No parece encajar en esa doctrina la exigencia rigurosa de que sea el contribuyente quien asuma la carga de probar la intrascendencia de la documentación requerida cuando esa jurisprudencia ha girado hace tiempo hacia una apreciación de la normalidad del desarrollo de las actuaciones incompatible con dilaciones de cientos de días durante los que se actuó extendiéndose 58 diligencias. En suma, tal vez la decisión de la Audiencia fuese incorrecta pero la Sentencia del Tribunal Supremo no explica bien por qué.

Por otra parte, la decisión en este punto de la sentencia en el caso SARA LEE se aparta de precedentes relativos a casos similares de compras apalancadas. Como ya advertimos, entre las sentencias más recientes sobre estos esquemas algunas no se han pronunciado sobre el fondo por razones procedimentales. Es el caso de las Sentencias de 12 de febrero de 2015 (caso IFF Benicarlos; recurso de casación núm. 2452/2013), de 12 de marzo de 2015 (caso Cimpor Inversiones; recurso de casación 4074/2013), de la ya citada de 16 de marzo de 2016 (caso Securitas) y, finalmente, de la de 19 de mayo de 2016 (caso Solvay, recurso de casación núm. 3585/2014). En la primera de estas sentencias, el Tribunal Supremo desestima un recurso de casación de la Abogacía del Estado, entre otras razones, por no considerar imputables al contribuyente dilaciones por 886 días en relación con documentación que se reputa intrascendente simplemente porque el procedimiento acabó sin que se hubiera aportado y sin que en las actas y liquidaciones se justificara su importancia.

Por todo ello, se comprende que en el voto particular que acompaña a la sentencia el magistrado disidente (Excmo. Sr. Don Emilio Frias Ponce) afirme que la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo no refleja la doctrina mayoritaria que resulta de numerosos pronunciamientos *<<[q]ue llegan a la conclusión de que no procede para apreciar la existencia de una dilación la consideración objetiva y aislada de un retraso en la aportación de documentación por parte del inspeccionado, ya que solo puede tener relevancia en el cómputo del plazo aquella dilación que impida continuar con normalidad el desarrollo de la actuación inspectora>>*. Es más, como se expone en el voto particular, incumplido el plazo otorgado, si la Administración entiende que no ha podido actuar por el retraso por parte del obligado tributario en la cumplimentación de documentación válidamente solicitada, corresponde a la Administración acreditar que la dilación ha afectado al desarrollo normal del procedimiento. Por último, *<<[l]a concesión de un plazo no inferior a 10 días cuando la Inspección requiere al obligado tributario la presentación de datos, informes u otros antecedentes es una exigencia reglamentaria que no puede soslayarse por lo que dispone el apartado 1 del art. 36 si no concurren las circunstancias previstas, esto es, que la documentación era la que tenía que estar a disposición de la Administración>>*.

No ofrece dudas, empero, que el respeto de las determinaciones personales por el poder público, la comunidad, exige que estas se produzcan en el modo y forma que el ordenamiento jurídico establece tanto de naturaleza sustantiva como formal si se pretende el amparo de éste. Si las determinaciones personales no cumplen estas exigencias, el ordenamiento jurídico no solo puede sino que debe desconocerlas, porque hacerlo de otra manera supondría consagrar la anarquía y la violación de los valores e intereses comunes que, precisamente, el ordenamiento jurídico está llamado a salvaguardar, y cuya defensa es, precisamente, la justificación de su existencia.

(FD 9º)

Tras estas primeras consideraciones y ciertas referencias a las operaciones realizadas, el Tribunal Supremo enlaza con esta reflexión primera líneas después cuando nos dice (ya en el fundamento de derecho décimo) que la cuestión crucial del recurso supone establecer los límites de la autonomía de la voluntad. Dada su importancia merece transcribir las reflexiones del Tribunal Supremo:

Pero aceptado que la autonomía de la voluntad es esencial al ser humano, sin cuya concurrencia no se puede decir que exista persona, hay que, añadir de modo inmediato que los ámbitos de la autonomía personal y la autonomía jurídica no son coincidentes. En el orden personal esa autonomía es plena y salvo los límites naturales pocos pueden establecerse. Otra cosa es el ámbito jurídico sea o no empresarial la autonomía que se enjuicia pues la autonomía personal tiene una proyección social cuando se ejerce en el ámbito jurídico y debe tener necesariamente los límites que la vida social impone y que no son otros que los establecidos en el artículo 1255 del Código Civil, interpretados conforme a los parámetros hoy aplicables. Es decir, los límites establecidos por las leyes (incluida la Constitución) la moral (en la que habrá de entenderse incorporada la publicidad, la transparencia y la capacidad de explicar razonablemente cualquier decisión, la ejemplaridad entendida como cumplimiento satisfactorio del Ordenamiento Jurídico, la atención de los derechos de todos los interesados no solo de los titulares de la propiedad, la incorporación de mecanismos de participación en sus órganos y decisiones, junto a una atención constante a la realidad socio-económica que atempere y module decisiones puramente económicas), y el orden público, comprendido en términos constitucionales.

Desde esta perspectiva parece una obviedad concluir que una reorganización empresarial en la que las entidades participadas dependen de una entidad superior en su totalidad no puede tener el respaldo del ordenamiento jurídico si lo que pretende es una elusión fiscal de más de 50 millones de euros anuales, y eso y no otra cosa es lo que aquí

acontece, aunque se haya disfrazado de ampliaciones de capital perfectamente legítima y préstamo ordinario para financiar esas ampliaciones. La posición recurrente, referida a la estricta operación económica efectuada, ampliación de capital por aproximadamente 600 millones de euros que genera unos intereses de más de 50 millones anuales, no puede ser respaldada por el Ordenamiento Jurídico. No se trata de discutir la bondad económica de la operación que la Inspección niega con sólidos argumentos, en un trabajo espléndido, no tenido en cuenta por la Sala de instancia, pese a formar parte del expediente y por tanto del material que se debía tener en cuenta para la decisión, sino si esa misma operación se podía realizar de manera más sencilla y sin elusión fiscal.

Los límites que a la Autonomía de la Voluntad suponen las leyes, la moral y el orden público en los términos en que antes nos hemos referido, impiden que operaciones de esta naturaleza puedan ser respaldadas por el ordenamiento jurídico. Naturalmente que una empresa puede gastar sus ingresos en el modo y forma que tenga por conveniente, pero lo que no puede es hacer pasar esos intereses por gastos deducibles, que es lo que aquí se pretende, decisiones voluntaristas con pobre resultado organizativo, y con escasa racionalidad económica, sobre todo si se piensa que hay alternativas mejores. Salvo que se explique, lo que no se ha hecho, que el método ideado era el idóneo para la consecución del fin pretendido, o, al menos, tan idóneo como otros la deducción invocada no puede ser admitida. En este sentido el informe técnico pretende razonar sobre las ventajas abstractas de la operación efectuada, pero no precisa, de modo convincente las específicas y concretas ventajas obtenidas como consecuencia de la operación llevada a cabo, tanto en términos organizativos como económicos.

No se trata, como ya hemos dicho en otras sentencias, de justificar en abstracto las ventajas generales de la organización proyectada y la operación económica realizada. Lo importante es acreditar que la reorganización aquí y ahora pretendida ha supuesto unas concretas y específicas ventajas y que la operación efectuada ha tenido unos resultados positivos que no tienen que ser exclusivamente económicos, o, alternativamente la razón por la que esas previsiones positivas se han visto frustradas.

Esta prueba no ha sido tampoco efectuada y por tanto ha de rechazarse la tesis de la recurrente.

En cualquier caso, el hecho de deshacer la operación cuando no era posible mantener la ventaja fiscal, obliga a entender que incluso para la actora las ventajas de la operación eran exclusivamente elusorias del impuesto.

Sobre esta misma idea, volverá la sentencia en el fundamento de derecho undécimo, para reiterar que *<<[l]a Autonomía de la Voluntad en el ámbito jurídico y siempre en la órbita tributaria no se entiende, no puede ser entendida, como lo es en la esfera personal. Aquello que en lo privado no sólo es lícito y necesario para el desarrollo personal, puede ser desconocido por el Ordenamiento Jurídico Tributario. Quién pretende que sus determinaciones personales se conviertan en jurídicas y que el Estado despliegue sus medios de defensa para proteger los negocios celebrados ha de cumplir con las exigencias específicas y rigurosas del Ordenamiento Jurídico. Por lo pronto esas limitaciones han de respetar el Ordenamiento Jurídico en su totalidad, la moral, entendida en los términos en que es jurídicamente exigible, y el orden público, concepto que trasciende a lo meramente privado y al puro orden formal externo. Además han de concurrir los requisitos generales de los negocios jurídicos y de los particulares que resultan exigibles como consecuencia del específicamente celebrado>>*. Por lo tanto, la deducción pretendida de determinados gastos financieros exigiría que *<<[l]as leyes, la moral y el orden público -entendidas como hemos expresado- permitieran la disminución de ingresos generales en territorio español en virtud de negocios jurídicos fraudulentos>>*.

Tras estas consideraciones, la sentencia añade aún dos reflexiones de interés sobre esta cuestión de fondo. En primer lugar, y de inmediato, la sentencia introduce sutilmente el debate sobre la simulación. Porque para el Alto Tribunal, en esta sentencia, los negocios, que han sido calificados de fraudulentos, *<<[d]esde su apariencia externa de realidad enmascaran una realidad que no es otra que la de la elusión de las bases liquidables. Y otra prueba definitiva, a nuestro juicio, de esa inexistencia de los negocios -en este caso benignamente calificada de fraudulenta, sin que entendamos el porqué- es que la estructura esencial del grupo al final de las operaciones no ha variado con respecto a la inicial. Si a ello añadimos, como hemos empezado diciendo, que el préstamo inicial, ha sido deshecho cuando la ventaja fiscal que con estas operaciones se pretendía fue eliminada, habrá de convenirse que la actividad elusiva, pese haber sido ocultada, es manifiesta>>*.

En línea con este razonamiento, la sentencia afirma que, analizando la expresa operación descrita, *<<[e]l motivo por el que se anula es el de que los negocios celebrados carecen de «causa» y estos negocios aunque se hayan celebrado con todos los requisitos y formalidades legales extrínsecas no pueden tenerse por válidos>>* (FD 10º in fine).

Este sentimiento de la Sala reaparece líneas después cuando, respondiendo a los argumentos de la entidad, la sentencia afirma que *<<[t]ambién esta Sala manifiesta su sorpresa por haber acudido la Administración Tributaria al procedimiento de fraude de ley en un asunto de las características del que se decide>>* (FD 13º).

Y la Sala va a concluir con una segunda reflexión al hilo de esta sutil calificación de los negocios como simulados:

[P]ero nuestra extrañeza es radicalmente diferente a la expresada por la parte, y ello porque el procedimiento legal escogido, por ser una previsión legal es aplicable a supuestos en los que concurren las circunstancias legales que la hacen aplicable. Nuestra extrañeza radica en el hecho de que en los innumerables asuntos que hemos resuelto, semejantes al que ahora se decide, la Administración ha optado por un mecanismo de pura y sencilla regularización no sujeta a las limitaciones sustantivas (sanciones) y procedimentales que este procedimiento de fraude de ley comporta.

Nuestra sorpresa radica en el mecanismo claramente favorable al recurrente que la Administración ha utilizado, lo que no sucede en supuestos sustancialmente análogos al que ahora se decide.

Por eso, a pesar de lo manifestado por el recurrente, el uso de este procedimiento es, contrariamente a lo que expresa, en su favor y no en su contra.

Hasta aquí la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016¹⁶⁴. La sentencia merece desde luego algún comentario por lo que significa en el caso concreto de las llamadas compras apalancadas y en el contexto de la aplicación de las normas antiabuso.

La sentencia responde a una línea argumental que en ocasiones sigue nuestro Tribunal Supremo y en un tono que también cuenta con algún precedente¹⁶⁵. Por lo que se refiere a la línea argumental, ya hemos debatido la cuestión del concepto de simulación que en ocasiones prefiere la Sala cuando hemos analizado las sentencias relativas a los casos Hospital Recoletas y DORNA. Y volveremos a analizar el tema en nuestras conclusiones en las que inevitablemente deberemos abordar la utilización en nuestra jurisprudencia de normas antielusión diferentes con límites ambiguos y consecuencias muy

¹⁶⁴ La sentencia recoge algunos otros pronunciamientos de menor interés desde nuestra perspectiva. Así se pronuncia sobre la justificación de la regularización desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y de los Convenios de doble imposición, sobre algunas otras cuestiones planteadas en la regularización y sobre la sanción impuesta, ajena a las operaciones realizadas en fraude de ley, sanción que se anula por una cuestión procedimental.

¹⁶⁵ Ver en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 (recurso de casación núm. 3779/2009; caso BICC), que confirmó una Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009 (recurso núm. 416/2005). Luego haremos referencia a esta sentencia del caso BICC en relación con otra del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016.

distintas en el terreno sancionador¹⁶⁶. La sentencia del caso SARA LEE llama la atención por el tono y, en definitiva, por el enfoque.

En efecto, nos hallamos ante la que podríamos calificar como una sentencia moral y que pretende ser moralizante, empleando argumentos de diversa índole. En primer lugar, la sentencia hace una alusión explícita a la base moral de su decisión, cuando sostiene la existencia no sólo de los límites establecidos por las leyes sino también de los procedentes de la moral y el orden público, entendiendo derivados de la primera los límites que resultarían *“[d]e la publicidad, la transparencia y la capacidad de explicar razonablemente cualquier decisión, la ejemplaridad entendida como cumplimiento satisfactorio del Ordenamiento Jurídico, la atención de los derechos de todos los interesados no solo de los titulares de la propiedad, la incorporación de mecanismos de participación en sus órganos y decisiones, junto a una atención constante a la realidad socio-económica que atempere y module decisiones puramente económicas”*. Esta forma de razonar enlaza sin duda con un sentimiento extendido actualmente en nuestra sociedad y que forma parte del debate político, con un rechazo ético de las planificaciones fiscales que se reputan abusivas o agresivas y con un deterioro reputacional de las compañías multinacionales. Por lo tanto, nos hallamos ante una parte de nuestra realidad social actual que sin duda puede y debe ser tenida en cuenta en la labor del intérprete de la norma.

No obstante, el camino que recorre el Tribunal Supremo en sentencias como ésta ofrece sus propios riesgos. No podemos olvidar que si los tributos responden a un deber moral, la exigencia de concretas obligaciones tributarias pertenece estrictamente al terreno de la legalidad en la que se plasma precisamente un consenso social entre las diferentes perspectivas morales y políticas del momento. Las exigencias de legalidad y certeza se incrementan cuando hablamos de las consecuencias sancionadoras derivadas del incumplimiento de estas obligaciones tributarias. La moral puede pertenecer a la esfera privada tanto como la autonomía de la voluntad a la que se refiere nuestro Tribunal Supremo. La referencia a la moral corre el riesgo de confundir con ella los criterios subjetivos y los valores de un momento o de ciertas posiciones. Es más, la referencia a amplios valores morales puede hacer

¹⁶⁶ En la sentencia del Tribunal Supremo en el caso SARA LEE, llama la atención la referencia que hace el Tribunal Supremo al carácter excepcional de la regularización en este caso cuando la Sala señala su extrañeza ante los innumerables asuntos que ha resuelto, semejantes al que ahora se decide, en los que la Administración habría optado por un mecanismo de pura y sencilla regularización no sujeta a las limitaciones sustantivas (sanciones) y procedimentales que este procedimiento de fraude de ley comporta. En realidad, el caso enjuiciado responde al esquema de compras apalancadas enjuiciado en otros muchos casos por la Sala ante regularizaciones que siempre fueron por el cauce del fraude de ley. Tal vez la Sala, en esta sentencia, lamenta el cauce seguido en todos estos casos, ante negocios que esta sentencia reputa simulados, pero ello no deja de poner una vez más de relieve los problemas que derivan de la multiplicidad de normas antielusión y de los diversos pareceres en la propia Sala del Tribunal Supremo.

olvidar los detalles del caso concreto que es en suma el que se enjuicia¹⁶⁷. Por lo demás, la aplicación de las normas antielusión puede hallarse en un terreno más modesto, el que corresponde a una interpretación finalista de las normas tributarias contrastada con la justificación económica de las operaciones realmente llevadas a cabo. Unos gastos financieros pueden no ser deducibles simplemente porque carecen de correlación con los negocios y los ingresos llevados a cabo por la entidad prestataria¹⁶⁸.

3.5.4 Dos últimas sentencias: casos “Peugeot Citroen” y Abertis

3.5.4.1.- Para terminar este recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, entendemos que nos quedan por analizar dos sentencias que abordan la aplicación de las normas generales antielusión desde una perspectiva diferente. Por un lado, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016 (recurso de casación núm. 58/2015; caso Peugeot Citroen Automóviles de España). Por otro, aludiremos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2014 (recurso de casación núm. 1512/2013; caso Abertis Infraestructuras).

3.5.4.2.- La Sentencia del Tribunal Supremo en el caso PEUGEOT¹⁶⁹ destaca a nuestros efectos porque no aplica ninguna norma antielusión reconocida como tal, porque las operaciones recuerdan a las analizadas en relación con las compras apalancadas y porque la Administración enfocó la regularización como una cuestión de precios de transferencia, planteamiento que luego ha tenido cierto predicamento y que el Tribunal Supremo no comparte. Por lo tanto, esta sentencia del Tribunal Supremo ha de ser puesta en relación con la dictada por el mismo tribunal en el caso BICC, Sentencia de 18 de julio de 2012 (recurso de casación núm. 3779/2009) y con una Resolución del TEAC de 5 de noviembre de 2015 (05110/2012/00).

¹⁶⁷ En el caso SARA LEE, las condiciones del préstamo, con su plazo a 60 años, obedecían a razones fiscales holandesas y la cancelación de los préstamos pudo estar influida por las desinversiones generales del grupo multinacional entre 2010 y 2012, sobre todo en la división de *household and body care*, más que por la reforma legal producida en España en 2012 en relación con el tratamiento de los gastos financieros.

¹⁶⁸ Tras las sentencias del Tribunal Supremo sobre los casos de compras apalancadas intragrupo, la Audiencia Nacional ha corregido y adaptado su postura y ha dictado ya algunas sentencias relevantes juzgando en la instancia este tipo de operaciones. Destacan las Sentencias de 8 de octubre de 2015 (recurso núm. 492/2012), de 3 de marzo de 2016 (recurso núm. 497/2013) y, sobre todo, la Sentencia de 21 de julio de 2016 (recurso núm. 314/2014), en el caso Metaldyne Engine Holdings.

¹⁶⁹ El ponente de esta sentencia es el magistrado Excmo. Sr. Don Emilio Frías Ponce. Ver sobre esta sentencia: Jose Manuel Calderón Carrero, *La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS*; Documento AEDAF, octubre 2016.

Vayamos primero con los hechos que se describen en la Sentencia de instancia que es la de la Audiencia nacional 11 de diciembre de 2014 (recurso núm. 317/2011). En 2001, la entidad española Peugeot Citroen Automóviles España (PCAE) adquirió de una filial francesa del grupo la casi totalidad de las acciones que esta entidad francesa poseía en una filial argentina del mismo grupo, por un importe de 105.485.654,56 euros. Unos meses antes, y así constaba en el contrato de compraventa de las acciones, la compañía argentina había decidido reducir su capital y aumentarlo simultáneamente, habiéndose comprometido la entidad francesa, luego vendedora, a suscribir la totalidad de las nuevas acciones habiendo pagado 200.000.000 de dólares como anticipo irrevocable. Como consecuencia de la compraventa de las acciones de la entidad argentina, la entidad francesa vendedora transmitía los derechos inherentes a aquellas y, en particular, los derivados del anticipo irrevocable. La entidad española compradora transfirió en la fecha del contrato el importe en euros equivalente al importe de dólares de ese anticipo, de forma que la entidad compradora satisfizo por la adquisición de las acciones de la entidad argentina un total de 336.379.212,63 euros, 105.485.654,56 como precio y 230.893.558,07 como reembolso del anticipo irrevocable. Adicionalmente, entre 2001 y 2005, la entidad compradora capitalizó diversos créditos concedidos a la filial argentina. Estos créditos en su mayor parte fueron inicialmente concedidos a la entidad argentina por otras entidades del grupo, las cuales cedieron luego tales créditos a la entidad española por su importe nominal.

En los ejercicios inmediatos anteriores a la operación de compra-venta de las acciones, la entidad argentina había recibido aportaciones a fondo perdido de su matriz francesa y venía registrando importantes pérdidas compensadas parcialmente con esas aportaciones.

La entidad española fue dotando una provisión de cartera, deducible fiscalmente en España, especialmente en 2001 y 2002, tomando como coste de adquisición la suma del precio pagado, los anticipos irrevocables asumidos y los créditos capitalizados. La Inspección de los Tributos negó la deducibilidad de esta provisión en España pero lo hizo con un enfoque diferente. No consideró que las operaciones hubieran sido realizadas en fraude de ley ni que supusieran una simulación. La Inspección consideró que se hallaba ante un problema de precios de transferencia que debía abordarse aplicando directamente el artículo 9º del CDI entre España y Argentina, interpretado a la luz de las directrices de la OCDE sobre el particular. La Administración confió sobre todo en el criterio recogido en tales directrices conforme al cual una operación realizada entre partes vinculadas o empresas asociadas puede llegar a ser desconocida e ignorados sus efectos cuando esa operación ha sido realizada en tales condiciones que no hubiera sido concebible como tal operación entre partes independientes. Igualmente, la Inspección de los Tributos, desde este mismo enfoque, confió en una valoración de sus servicios

sobre la filial argentina en el momento de la compra. De acuerdo con este informe de valoración de la Inspección de los Tributos, el valor real de la filial era nulo utilizando como método de valoración el valor contable neto.

La Sala de instancia se inclinó del lado de la Administración tributaria entendiendo que el acuerdo de valoración de la Administración estaba suficientemente motivado, sin que este criterio debiera ceder ante el dictamen pericial aportado por la parte recurrente y realizado con el método de descuento de flujos de caja esperados. Por otra parte, la Sala entendió también que con la cesión de créditos, las entidades cedentes cobraron unos créditos que eran en realidad incobrables. Por todo ello, la Sala de instancia compartió la viabilidad de una regularización basada en las normas sobre operaciones vinculadas entendidas a la luz de las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia sin que fuese necesario acudir al fraude de ley ni a la simulación, pues la Inspección no negaba la realidad de las operaciones sino que se había limitado a regularizar, a efectos fiscales, unas operaciones atendiendo de forma global a su resultado¹⁷⁰.

El Tribunal Supremo va a ser de otra opinión. En el punto concreto de la base legal de la regularización, la sentencia de casación, en su fundamento de derecho noveno, nos dice, en primer lugar, que, si la base legal elegida se hallaba en el régimen propio de las operaciones vinculadas, artículo 16 de la LIS 1995, el acuerdo de valoración no siguió en realidad ninguno de los métodos previsto en dicho precepto. El acuerdo de valoración en lugar de motivar la determinación del valor de mercado de la entidad argentina, se habría limitado a tener en cuenta el valor contable resultante de sus estados financieros a 31 de diciembre de 2000, minorado en todas las aportaciones que en ejercicios posteriores realizó la entidad compradora e incorporando incluso aportaciones ya realizadas por el anterior accionista. Por el contrario, la Administración debió *<<[v]erificar si existieron inversiones realizadas en el mercado de Argentina en el periodo 2000/2001 por otras empresas españolas, como así lo reconoció el autor de la valoración de la Administración en fase de prueba, al admitir que no se analizaron operaciones comparables>>*. A mayor abundamiento, siempre en el parecer de la sentencia, el acuerdo de valoración no analizó tampoco si el valor de mercado de los activos era o no coincidente con el valor contable de los mismos, ni siguió ningún método de valoración de empresas en funcionamiento, como hizo el perito de la parte recurrente.

Pero, desde nuestra perspectiva, tiene mayor interés el criterio de la Sala respecto del propio enfoque de la Administración. Analizando separadamente la cuestión de la cesión posterior de créditos, la Sala entiende que, si la Administración actuó basándose en el criterio de que la adquisición de los

¹⁷⁰ Ver fundamento jurídico décimo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2014.

créditos comerciales no se hubiera realizado entre partes independientes, esta forma de proceder planteaba <<[d]os problemas, uno técnico y otro jurídico, cuya apreciación conjunta –dice la Sentencia- nos impide aceptarla>>.

Y la Sentencia continúa:

Desde el punto de vista técnico, como informó el perito, resultaba inaceptable entender que los créditos carecían de valor de mercado, puesto que la realidad económica demuestra que, incluso en situaciones de aparente insolvencia existe un mercado activo para adquirir créditos aparentemente incobrables. Si los créditos adquiridos podían tener un valor de mercado, no cabe negárselo sin acreditar fehacientemente que no lo tenían.

Y, desde el punto de vista jurídico, no se podía prescindir de operaciones efectivamente realizadas entre partes vinculadas a las que cabía atribuir un valor de mercado, acudiendo sin más a la aplicación directa del artículo 9 del Convenio internacional para evitar la doble imposición entre España y Francia o entre España y Argentina, por lo que resultaba necesario en este caso para efectuar esa recalificación la aplicación de una cláusula general antiabuso interna.

Llegados a este punto debemos destacar la importancia de este último párrafo y ello por dos motivos. Por un lado, el Tribunal Supremo apela directamente en este caso a la necesidad de que la Administración acuda expresamente a la aplicación de las normas antiabuso para poder ignorar a efectos fiscales los efectos de negocios u operaciones. Aunque se juzgue fraudulenta la operación, al menos en el caso del fraude de ley o del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, ni los órganos de revisión ni los tribunales pueden enmendar el camino seguido por la Administración lo que conduce a la nulidad de sus actos si estos debieron descansar en la aplicación de esas normas antielusión y buscaron otra base legal¹⁷¹.

Por otro, la Sentencia del caso Peugeot parece no compartir un criterio poco antes sostenido por el TEAC en su resolución ya citada de 5 de noviembre de 2015. En un caso de ETVE española, controlada por un socio brasileño que se endeuda para financiar la adquisición de filiales argentinas, el TEAC respalda el criterio de la Administración al considerar que esta planificación fiscal contraria al ordenamiento jurídico podía ser corregida, rechazándose la deducibilidad de los gastos financieros y entendiendo que se trataba de operaciones que no se realizarían nunca entre partes independientes en condiciones de libre competencia, pues aquéllas carecían de racionalidad económica.

¹⁷¹ Desde esta última perspectiva, la cuestión se va a plantear más claramente en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2014, en el caso ABERTIS, que veremos a continuación.

Por el contrario, el Tribunal Supremo sí pareció respaldar este enfoque en una sentencia anterior, ya también citada, la de 18 de julio de 2012, en el caso BICC¹⁷². Ante una operación ya entonces de adquisición apalancada de acciones en el seno del mismo grupo, el Tribunal Supremo¹⁷³ no solo aceptó como base legal para rechazar la deducción de los gastos financieros el artículo 9 del CDI con los Estados Unidos sino que calificó la operación de "intrínsecamente asombrosa", sin que la parte hubiera intentado justificar su razonabilidad. Anticipando entonces una línea argumental bien conocida, la Sala consideró que en realidad los negocios realizados eran simulados. No obstante, terminaba diciendo el Tribunal Supremo, *"[e]l hecho de que la Administración no utilice por causas que desconocemos, y que resultan difíciles de comprender, las facultades más gravosas de que dispone, no puede impedir el uso de las facultades más livianas, el poder de calificación, que recogía el artículo 28.2 de la L.G.T. previgente, a fin de anular los efectos tributarios perjudiciales que de actuaciones como la analizada se deriva, además, naturalmente, de las que ofrecía el artículo noveno del Convenio, y cuya aplicación al asunto decidido no ofrece dudas"*¹⁷⁴.

3.5.4.3.- En el caso ABERTIS, Sentencia de 3 de julio de 2014¹⁷⁵, la cuestión suscitada es otra. La sentencia es de contenido complejo, como tantas veces se plantea en regularizaciones de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por el concepto Impuesto sobre Sociedades. No obstante, a nuestros efectos, sólo nos interesa el aspecto relativo a la supuesta disposición prematura del saldo de la reserva de revalorización, una cuestión abordada ya en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de abril de 2013 (en el recurso núm. 51/2010), sentencia de instancia que el Tribunal Supremo va a confirmar en este punto.

¹⁷² El ponente de la sentencia es el magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Vicente Garzón Herrero.

¹⁷³ Respaldando el criterio de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de mayo de 2009 (recurso núm. 416/2005).

¹⁷⁴ Por supuesto, llama la atención el resultado de la comparación del contenido de sentencias como las recaídas, por un lado, en casos como BICC o SARA LEE y, por otro, en casos como PEUGEOT o, inclusive, COLGATE. Concretamente, en el caso PEUGEOT, la Sala se abstiene de cualquier análisis de las operaciones que no sea el que resulta de la escueta legalidad. Por otra parte, en este caso, la Sala también aceptó la prescripción de varios ejercicios por un exceso de duración de las actuaciones inspectoras de acuerdo con el artículo 150 de la LGT. La Sala rechazó la existencia de dilaciones por retraso en la aportación de documentación porque el procedimiento no estuvo paralizado ni se impidió a la Inspección continuar con normalidad el desarrollo de su tarea.

En cuanto al recurso a la aplicación directa del artículo 9 de un CDI, el Tribunal Supremo parece haberse alejado recientemente de la postura recogida en la Sentencia del caso BICC. Así en la Sentencia de 21 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 2970/2015), se afirma que dicha norma habilita para gravar las rentas derivadas del correspondiente ajuste, pero éste ha de efectuarse de acuerdo con el sistema de fuentes interno sin que aquella norma pueda sustituir dichas fuentes por otras ajenas a nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁷⁵ El ponente de la sentencia es el magistrado Excmo. Sr. Don Juan Gonzalo Martínez Micó.

La reserva de revalorización fue creada por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, como consecuencia de la actualización de balances prevista en su artículo 5º. Las revalorizaciones derivadas de esa actualización tenían como contrapartida una cuenta denominada “Reserva de revalorización Real Decreto-ley 7/1996”, cuyo saldo era indisponible hasta su comprobación por la Administración dentro de los tres años siguientes a la fecha de cierre del balance en el que constasen las operaciones de actualización. Efectuada la comprobación o transcurrido el plazo para realizar la misma, el saldo de esa cuenta podía destinarse a la eliminación de resultados contables negativos, a la ampliación del capital social o, transcurridos diez años, a reservas de libre disposición. La aplicación de dicho saldo a finalidades distintas determinaba la integración del mismo en la base imponible del periodo impositivo en el que dicha aplicación indebida se produjera.

En este caso, la entidad en el año 2002 acordó llevar a cabo simultáneamente una reducción y un aumento de capital social por el mismo importe y variando el valor nominal de las acciones. No obstante, la reducción de capital se realizó con abono a reservas voluntarias y el aumento del capital social se realizó con cargo a la reserva de revalorización. Asimismo, en la misma junta general la entidad acordó la distribución de un dividendo. La Inspección de los Tributos entendió que las operaciones descritas constituían un complejo negocial que había permitido en definitiva el traspaso de la cuenta de reserva de revalorización a reservas voluntarias. Aplicando el artículo 13 de la LGT y la facultad de calificación que recoge, la Inspección entendió que esas operaciones debían tributar de acuerdo con su verdadera naturaleza que no era otra que una disposición prematura de la cuenta de reserva de revalorización al no haber transcurrido diez años cuando su saldo se traspasó, en realidad, a reservas de libre disposición y no a una ampliación de capital.

La Audiencia Nacional, teniendo en cuenta además la existencia de un voto particular en el mismo sentido en la Resolución del TEAC impugnada, de 24 de noviembre de 2009, consideró que la Administración tributaria se había extralimitado en el uso de sus facultades de calificación. La Sala de instancia consideró esencial la circunstancia de que en realidad la entidad podía ya destinar la reserva de revalorización a un aumento de capital. La controversia se planteaba porque la entidad simultáneamente había acordado una reducción de capital, en la misma fecha y por el mismo importe, por lo que podía entenderse que en puridad el saldo de la cuenta no se había destinado a un aumento de capital pues la reducción simultánea neutralizaba el aumento y dejaba inalterada a la postre la cifra de capital social.

Frente a los argumentos de la entidad recurrente, que sostuvo la plena licitud de esas operaciones, la Sala de instancia consideró que el conjunto de estas operaciones había supuesto una disposición indebida de la cuenta de reserva de revalorización. Sin embargo, la Sala compartió con aquel voto particular del

TEAC el argumento subsidiario contenido en la demanda de la entidad recurrente. En consecuencia, la Sala entendió que se hallaba ante un fraude de ley sin que la Administración hubiese seguido el procedimiento adecuado invocando como base de la regularización el artículo 24 de la LGT 1963. La liquidación de la Administración declaraba el fraude de ley en sentido sustantivo sin haberlo declarado en sentido formal. Esta infracción del ordenamiento acarreaba la nulidad de la liquidación, sin prejuzgar si finalmente los actos eran o no fraudulentos, sino manteniendo que el modo de razonar de la Administración encerraba de facto una declaración de fraude de ley sin haber seguido el procedimiento legalmente previsto e imprescindible.

Recurrida en casación la sentencia de instancia por la Abogacía del Estado, el Tribunal Supremo en la sentencia comentada de 3 de julio de 2014, se limitó a confirmar aquélla entendiendo que tiene un carácter esencial el procedimiento especial dirigido a reunir los elementos de convicción necesarios para, en su caso, determinar que los negocios jurídicos examinados de forma global han podido ser celebrados en fraude de ley. No se trataría, pues, de cumplir formalmente un trámite inocuo, sino de seguir el procedimiento adecuado para la declaración, en su caso, de fraude de ley, que abriría la puerta a la regularización oportuna¹⁷⁶.

En el estado actual de la cuestión, parece tras esta sentencia que el Tribunal Supremo se inclina por el carácter imprescindible del cauce procedimental propio del fraude de ley. Por las mismas razones, cabría entender que también tiene esa naturaleza la tramitación específica reservada al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, de acuerdo con los artículos 15 y 159 de la LGT. De ser así, ello acarrearía dos consecuencias. Por un lado, la Administración no puede utilizar alternativamente las diferentes normas antielusión previstas en la Ley General Tributaria. Y, por otro, de seguir una vía inadecuada, no cabe que sea luego un órgano de revisión o un tribunal de justicia el que reconduzca la cuestión al terreno correcto. Por el contrario, el acto de la Administración sería nulo por descansar en una base legal incorrecta y no haber seguido por ello el procedimiento o la tramitación específicamente previstos.

El Tribunal Supremo confirmó esta doctrina en la posterior Sentencia de 26 de enero de 2015 (recurso de casación núm. 2945/2013; caso Colomer Group¹⁷⁷),

¹⁷⁶ Por otra parte, la sentencia de instancia había rechazado la pretensión de la entidad recurrente de que se declarase la nulidad de pleno derecho de la liquidación precisamente por no haber seguido el procedimiento legalmente establecido para la declaración de fraude de ley. La Sala consideró que la nulidad declarada suponía solo la anulabilidad del acto reconociendo que la pretensión de la entidad buscaba evitar la interrupción de la prescripción y una eventual actuación posterior de la Administración para declarar ese fraude de ley. El Tribunal Supremo va a compartir este criterio y desestimar el recurso de casación de la entidad.

¹⁷⁷ El ponente de esta sentencia es el magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

en relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2013 (recurso núm. 163/2010). En un caso de aplicación de la norma de subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades, la Inspección de los Tributos entendió que los prestamistas aparentes y residentes en la Unión Europea no eran los verdaderos prestamistas por no ser los beneficiarios efectivos de la contraprestación de esa financiación, siendo los verdaderos prestamistas entidades no residentes en la Unión Europea, lo que abría la puerta a la aplicación de esa norma de subcapitalización. El Tribunal Supremo en el fundamento de derecho quinto de la sentencia entiende que, aunque la Administración invocó como base legal de la liquidación el artículo 28.2 de la LGT 1963, como si estuviésemos ante una cuestión de calificación, lo cierto era que la liquidación fue consecuencia de estimar que el obligado tributario incurrió en fraude de ley y ello obligaba a acudir al artículo 24.2 de la LGT sin que la Administración pudiera eludir el procedimiento especial¹⁷⁸.

No obstante, en algunas otras anteriores sentencias el Tribunal Supremo había sido más flexible al admitir un cierto uso alternativo de los instrumentos antielusión previstos en la Ley General Tributaria. Puede servir desde luego de ejemplo la Sentencia de 30 de julio de 2011¹⁷⁹ (recurso de casación núm. 6068/2007) en la cual el Alto Tribunal no ve inconveniente en que la Administración haya utilizado el artículo 28 de la LGT 1963 como base legal de una regularización derivada de la adquisición de sociedades con pérdidas para

¹⁷⁸ En esta misma línea podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 (recurso de casación núm. 1664/2013) en la cual el Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013 (recurso núm. 121/2010) y entiende que constituía una interpretación de la norma contraria a derecho negar los beneficios previstos para la disolución de sociedades transparentes a una entidad que había tributado como tal entidad transparente debido a la transmisión de una acción a una persona física. Para la Sala, si se entendía que existía un puro ánimo fiscal en la transmisión de esa única acción, la Administración debía haber seguido el procedimiento especial de fraude de ley de acuerdo con el artículo 24 de la LGT.

Puede verse en este sentido también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de marzo de 2014 (recurso núm. 854/2008).

Por otro lado, un caso peculiar es el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (recurso de casación núm. 3709/2012). Una entidad soslaya la tributación de una plusvalía inmobiliaria instrumentando una permuta por medio de la cual entrega a sus socios el inmueble a cambio de acciones propias que luego se amortizan. La Inspección de los Tributos entendió que debía tributar la renta derivada de la transmisión del inmueble pues esa renta no podía acogerse a la regla que excluye la tributación de las rentas derivadas de negocios sobre acciones propias. En el debate sobrevuela la consideración del complejo negocial como un fraude de ley y especialmente el voto particular que acompaña a la sentencia afirma la existencia de tal fraude de ley que la Administración no declaró en ningún momento.

El TEAC, por su parte, en una Resolución de 31 de enero de 2013 (núm. 01805/2011/00/00), parece entender también que corresponde en exclusiva a la Inspección de los Tributos declarar en este caso ya la existencia de un conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

¹⁷⁹ Similares razonamientos se van plasmar en la Sentencia de 26 de abril de 2012 (recurso de casación núm. 140/2008).

neutralizar una imputación de bases imponibles en el régimen de transparencia fiscal¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Hasta aquí hemos limitado nuestro análisis a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, centrándonos en aquellas sentencias que hemos considerado más relevantes.

Esta opción nos ha exigido orillar las sentencias de otros tribunales españoles y, en particular, de la Audiencia Nacional. En muchos casos, las sentencias de la Audiencia Nacional, que abrieron el camino de la construcción de una doctrina jurisdiccional sobre las normas antielusión, han sido luego revisadas por el Tribunal Supremo y confirmadas o casadas, en los términos que en gran medida hemos analizado. Sin embargo, en algunos grandes casos puntuales el Tribunal Supremo no ha llegado aún a pronunciarse, razón por la cual adquieren importancia las decisiones de tribunales inferiores.

Entre estos grandes casos, vamos a resaltar la importancia del relativo a la existencia de simulación en la constitución de sociedades profesionales o de servicios en ciertos casos. En nuestro ordenamiento tributario, dista de ser una cuestión pacífica la de saber cuándo resulta abusiva la constitución de una sociedad mercantil con el fin de desarrollar a través de ella una actividad económica. En un momento dado, la Administración tributaria sostuvo que estas sociedades, constituidas por profesionales, artistas o deportistas, constituían un negocio simulado cuando carecían de medios materiales y personales y se limitaban a prestar formalmente servicios de carácter personalísimo de su socio. La cuestión, arrastrada por la existencia de esa simulación, adquirió relevancia penal, aunque los tribunales penales consideraron inexistente un delito de defraudación tributaria en términos generales. Planteada la cuestión en sede contenciosa administrativa, las opiniones de los tribunales no fueron coincidentes, como tantas veces sucede.

Tanto la Audiencia Nacional, en dos Sentencias entre otras de 5 de diciembre de 2012 (recursos números 298/2011 y 123/2011), así como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencias 659/2014, de 27 de mayo de 2014 o 802/2014, de 12 de junio de 2014, aceptaron la existencia de simulación. Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia rechazó esa simulación en casos similares resueltos por Sentencias 1020/2014, de 29 de diciembre de 2014, 36/2015, de 26 de enero de 2015 y 94/2015, de 6 de febrero de 2015. Lo mismo hizo la Sección Sexta de la Audiencia Nacional, en regularizaciones de IVA y en Sentencias de 26 de marzo y de 18 de abril de 2012 (recursos números 28/2011 y 819/2009).

El Tribunal Supremo en distintas sentencias, todas referidas al mismo caso, desde las dos de 11 de marzo de 2015 (recursos de casación núm. 1670/2013 y núm. 2129/2013) confirmó las sentencias de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pero sin entrar realmente al fondo del asunto por las limitaciones inherentes al cauce procesal del recurso de casación para la unificación de doctrina. Y ello a pesar de que el Alto Tribunal reconociera que desde luego resultaba *<<[c]urioso y sorprendente que las mismas operaciones hayan recibido en las distintas instancias calificaciones bien diferentes con resultados llamativamente encontrados, lo que si bien ha de mover a la reflexión no puede resultar determinante de la conclusión a la que ha de llegarse atendiendo al caso concreto. Así a título de ejemplo y con conciencia de que faltan numerosos datos que quizás matizaran la sorpresa que produce el acercamiento a las actuaciones inspectoras, nos encontramos, con que las mismas operaciones - objetivamente hablando, pues es evidente que existen divergencias subjetivas en atención a las concretas personas afectadas- han sido calificadas de muy diversas maneras, en lo que interesa, esto es, realizadas mediante simulación o no, dando lugar a remisiones a la jurisdicción penal para seguir procedimiento criminal contra algún socio, o bien a regularizaciones con la calificación de simulación dando lugar a liquidaciones y a sanciones, o bien regularizaciones girando sólo las liquidaciones correspondientes sin sanción>>* (FD 1º).

Tal vez por estas contradicciones, y aunque el TEAC había respaldado la existencia de simulación en estos casos (ver Resolución del TEAC de 21 de marzo de 2013; 00/3867/2010), la práctica administrativa varió más tarde para acudir a una especie de levantamiento del velo de estas sociedades como resultado de la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas, recogidas hoy en el artículo 18 de la LIS en relación con el artículo 41 de la Ley del IRPF, incluyendo la norma contenida en el apartado sexto del

3.6 Conclusiones preliminares

Expuesta y analizada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabría extraer de la misma con el carácter preliminar que ahora pretendemos las siguientes conclusiones:

- a) En primer lugar, y conviene recordarlo, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre la interpretación de una norma tan crucial como es el artículo 15 de la vigente LGT, es decir no existe jurisprudencia sobre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. En realidad, tampoco el TEAC tiene una doctrina al respecto ni otros tribunales de justicia han tenido aún ocasión de pronunciarse decisivamente sobre esta figura sobre la que sólo la propia Administración se ha pronunciado hasta ahora en los casos que ha ido afrontando.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha construido estos años su jurisprudencia sobre el fraude de ley y las demás normas antielusión presentes en la LGT de forma que ha venido a anticipar su postura sobre el propio conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Ello ha sido así en la medida en la que, por razones derivadas en gran medida de la influencia internacional y comparada, el Tribunal Supremo ha hecho descansar su doctrina sobre un test de razonabilidad y

citado artículo 18. Esa práctica ha sido aceptada por el TEAC en dos importantes Resoluciones de 11 de septiembre de 2014 (núm. 05473/2012/00/00) y de 2 de marzo de 2016 (núm. 08483/2015/00/00). En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en la Sentencia de 9 de febrero de 2017 (recurso núm. 1/2015).

Ver: Pilar Álvarez Barbeito, “Prestación de servicios profesionales a través de sociedades: la utilización atípica del método del precio libre comparable. Análisis de la Resolución del TEAC de 2 de marzo de 2016”; *Revista Quincena Fiscal*, número 20, noviembre 2016.

Mención aparte merece la Sentencia ya citada del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 7 de noviembre de 2013 que aplica el artículo 15 de la Ley General Tributaria en un caso relativo a las normas propias de la Comunidad Autónoma en relación con el ISD. Estas normas preveían determinados beneficios fiscales para la donación de padres a hijos tanto de dinero con el fin de que el donatario adquiriese su vivienda habitual como de la propia vivienda en su integridad. Ante una donación de dinero, seguida de la compra de una vivienda de los padres, mediando un precio completado con un préstamo hipotecario, la Administración entendió que este complejo negocial constituía un conflicto en la aplicación de la norma tributaria dirigido a aparentar una donación de dinero cuando en realidad se donaba el 50 por 100 de una vivienda, donación que al no ser de la totalidad de la vivienda no podría gozar de esos beneficios fiscales. El Tribunal Superior de Justicia confirma la liquidación de la Administración tributaria con cita de la jurisprudencia anterior relativa al fraude de ley, sobre todo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011. La donataria alegó que la forma del complejo negocial obedecía al hecho de que la vivienda sería comprada por ella, en un 50 por 100 a título privativo con el dinero recibido en donación, y por ella y su cónyuge, en cuando a la otra mitad, a título ganancial, con el dinero recibido del préstamo. La sentencia entiende que aun así la forma habitual hubiera sido la donación directa de la mitad de la vivienda de tal modo que hacerlo de otra forma sólo obedecía a un motivo fiscal.

justificación económica de las operaciones enjuiciadas, con independencia en realidad de la norma antielusión concreta aplicada.

- b) Por otra parte, la aplicación de las normas antielusión ha estado condicionada en España por esa técnica seguida desde siempre por la LGT consistente en recoger diversas normas generales antielusión, distinguiendo entre el principio de calificación, la simulación y, primero, el fraude de ley y, actualmente, el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

El Tribunal Supremo ha tratado frecuentemente de superar esa estructura legal. En ocasiones, el Alto Tribunal, reconociendo las dificultades inherentes a la tarea de encuadrar los supuestos en cada una de esas normas antielusión, ha buscado una solución global inspirada en la apreciación de las operaciones desde la perspectiva de la justicia tributaria y a la vista de su artificiosidad y su grado de justificación económica o por razones no fiscales. En otras, el Tribunal Supremo ha utilizado las diferentes normas antielusión recogidas en la LGT sin un criterio claro para diferenciarlas y en función de la opción inicialmente tomada por la Administración tributaria.

- c) Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha hallado finalmente ante el previsible problema de distinguir entre la simulación y el fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. No han sido en realidad las diferencias procedimentales las que han agravado las dificultades propias de esta tarea, sino las consecuencias sancionadoras. Las decisiones más recientes del Alto Tribunal parecen sugerir que esta es una labor que continuará durante los próximos años.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha hecho una abundante aplicación de la simulación como norma antielusión, hasta el punto de que ha podido pensarse que ésta podía convertirse en la verdadera norma general antielusión en nuestro ordenamiento tributario. Ello se ha debido principalmente a dos razones. Por un lado, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha acudido a la noción de negocio sin causa o con una causa ilícita para enlazar con la idea de simulación a efectos tributarios aceptando que un negocio llevado a cabo por razones fiscales, exclusiva o principalmente, sería un negocio carente de causa o con una causa reprochable y por ello ilícita. Por otra parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, desde su Sentencia de 15 de julio de 2002, utilizó también una noción amplia de simulación para soportar el dolo penal ante determinados delitos contra la Hacienda Pública, demandando en cierto modo la expansión de este criterio a todo el ámbito tributario.

En todo caso, los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo ponen de manifiesto el grado de dificultad a la hora de apreciar la existencia de simulación, los inconvenientes consiguientes al hacer descansar consecuencias sancionadoras sobre tan incierta diferenciación y la frecuente presencia de juicios de valor en estos análisis.

- d) Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adolecido en general tal vez de una cierta falta de unidad, dependiendo en exceso de las circunstancias de cada caso, de la apreciación de las ya aludidas razones de justicia tributaria y de la propia evolución de la realidad social.

En efecto, ya desde el lejano antecedente que supusieron las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2002 y de 11 de julio de 2003, el Tribunal Supremo trata de actuar frente a negocios u operaciones que, más allá de cualquier otra consideración, parecen diseñados con un propósito fiscal y carentes de cualquier otra explicación económica razonable. En esta labor, el Alto Tribunal comenzó utilizando alternativamente las diferentes normas antielusión sin prescindir de la interpretación correcta de la norma tributaria de acuerdo con el artículo 12 de la LGT, teniendo en cuenta su finalidad y la necesidad de garantizar una aplicación coherente del sistema tributario.

En esta evolución, consideramos que constituyen una hito fundamental las sentencias relacionadas con el caso que hemos denominado “Chocolates Hueso”, comenzado con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008. Estas sentencias inauguran la que hemos denominado segunda etapa en la construcción moderna de la jurisprudencia tributaria en este campo. El Tribunal Supremo asume en este caso un enfoque basado en el análisis del conjunto de las operaciones y de la finalidad última perseguida por ese complejo negocial. Como hemos apuntado, el Alto tribunal asume desde luego el riesgo de hacer una valoración en cierto modo intuitiva que descansa con demasiada confianza en el resultado de la pregunta acerca de cuál era el fin último de todas estas operaciones. Como había ocurrido antes en otros ordenamientos, el Tribunal Supremo prescinde de otras técnicas jurídicas para centrarse en la artificiosidad y el carácter inusual de las operaciones y el escaso tiempo transcurrido entre los diferentes eslabones del conjunto de negocios. Como conclusión, el Tribunal Supremo afirma enfáticamente que las operaciones económicas necesitan ser creíbles de forma que el contribuyente debe aportar una explicación de las razones de tales operaciones, de manera tal que a falta de tales razones o motivos la cuestión desemboca en el terreno de la simulación. Un recurso a la figura de la simulación que encontrará un impulso notable con la Sentencia de 29 de marzo de 2010, en el caso “Inmobiliaria de la Universidad de Navarra”, justo antes del intento de

recapitulación que supone la Sentencia de 30 de mayo de 2011, en el caso “Construcciones Sánchez Domínguez”.

La etapa final en la construcción moderna de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo comienza con dos sentencias doctrinalmente destacadas como son las de 16 de septiembre de 2013 (caso LGM) y de 24 de octubre de 2013 (caso EXCADE). Estas dos sentencias destacan tanto por su hondura técnica como por reflejar esa identidad de análisis técnico desde dos perspectivas distintas, la del fraude de ley y la de la simulación, dando la impresión de que los análisis podrían haberse intercambiado si los respectivos casos se hubiesen afrontado empleando en cada supuesto la otra técnica antielusión.

En la segunda de estas sentencias, la de 24 de octubre de 2013, el Tribunal Supremo vuelve a aceptar que no siempre es fácil identificar plenamente el mecanismo elusivo aunque asuma que *<<[e]l denominador común suele ser el engaño, la ocultación, en definitiva una simulación>>*, de modo que lo relevante es descubrir la verdadera intención de los intervinientes que evitar que estos obtengan la elusión fiscal pretendida. En realidad, como hemos advertido, este razonamiento descansa inevitablemente en un juicio moral necesariamente subjetivo, con el riesgo de caer en la inseguridad jurídica derivada de la imprecisión a la hora de entender qué se considerará lícito desde el punto de vista tributario por un tribunal y qué entenderá ese tribunal como negocios normales o forma normal de hacer los negocios.

Tras estas dos sentencias, el objetivo de ofrecer una selección de las más relevantes del Tribunal Supremo nos debe llevar necesariamente a los casos “Hospital Recoletas de Castilla y León” y “Dorna Sports”, resueltos por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2014 y las concernientes al segundo caso fechadas el 24 de febrero de 2016.

En estos casos, el Alto Tribunal alcanza una solución mediante la aplicación extensiva de la noción de simulación como norma antielusión general. Pero frente a lo que había sucedido en casos anteriores, en éstos se plantea directamente la cuestión de las consecuencias sancionadoras de la simulación, incluso desde la perspectiva de la graduación y agravación de las sanciones consiguientes. Y las sentencias del Tribunal Supremo van acompañadas de diferentes votos particulares que ponen de manifiesto las limitaciones de la postura mayoritaria e inclusive las cuestiones constitucionales que este debate suscita.

El recurso al negocio simulado acarrea en estas sentencias un razonamiento demasiado lineal. La simulación sería consecuencia de la ocultación y el engaño, pero realmente la simulación se construye sobre la base de la ausencia o ilicitud de la causa, apreciadas a partir de la finalidad fiscal de los negocios y la ausencia de una justificación o racionalidad económica de los mismos. Entendida así la simulación, resulta tenue la línea que la separa del

fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, como reconocen los propios votos particulares. Pero lo cierto es que apreciada la concurrencia de simulación sobre esa concepción de la misma, desaparece el debate sobre la existencia de la necesaria culpabilidad. Si existe simulación, tal culpabilidad surge inevitablemente. Y, es más, no sólo surge la culpabilidad necesaria para integrar la infracción sino también la ocultación prevista en el artículo 184 de la LGT como criterio para calificar de grave una infracción tributaria. Por supuesto, siguiendo este razonamiento y a pesar del punto de partida, tampoco cabe dudar de la existencia de una base legal clara y exenta de ambigüedad para satisfacer el principio de legalidad desde la perspectiva constitucional del principio de certeza en el tipo de la infracción o del ilícito penal. Sin embargo, el propio debate suscitado en la Sala, la índole de los asuntos resueltos, la comparación de los mismos con otros asuntos en los que no se apreció simulación y la comparación con la doctrina del TJUE, precisamente ponen de manifiesto que esa es la cuestión. Y de ahí que en el debate ya doctrinal suscitado por estas sentencias no hayan faltado tanto voces críticas como defensoras de la solución alcanzada, pero también quienes han considerado preferible resolver la cuestión sobre la base de unificar estas diferentes normas en una norma antielusión única, buscando el fundamento de la imposición de sanciones en circunstancias diferentes a las previstas hoy tanto en esta jurisprudencia como en el artículo 206 bis de la LGT, reformado en 2015.

Esta expansión en la utilización de la simulación como norma antielusión se encuentra también en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre una cuestión tan específica como la aplicación de la deducción por reinversión en el Impuesto sobre Sociedades. Al respecto hemos destacado la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2016 (caso “El Encinar del Norte”). Estos casos plasman esa tendencia a acudir a la simulación en supuestos que podrían haberse resuelto mediante una correcta apreciación de los hechos y una interpretación finalista y sistemática de la norma aplicada del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, el TEAC primero y el Tribunal Supremo después entendieron preferible hacer una utilización amplia de la simulación en lugar de acudir a esas otras soluciones. A pesar de lo cual no faltaron sentencias de la Audiencia Nacional favorables a este enfoque alternativo ante operaciones con indudable realidad y efectos económicos aunque se realizasen por motivos fiscales y sobre la base de una interpretación discutible de la norma tributaria. Con todo ello, surge sobre el particular una jurisprudencia vacilante que en ocasiones opta por entender que esos negocios sobre todo societarios son simulados y en otras confirma las sentencias con otra postura de la Sala de instancia.

Estando la cuestión en este estado, irrumpieron las sentencias relativas a una serie de casos semejantes que hemos denominado compras intragrupo apalancadas. Esta serie de sentencias se inicia con la de 5 de febrero de 2015

(caso “Coty Spain”) y termina por hoy con la de 22 de diciembre de 2016. Entre medias, encontramos sentencias tan destacadas como las de 26 de febrero y 20 de mayo de 2016 (casos GlaxoSmithKline y “Colgate Palmolive Holding”) en las que el Tribunal Supremo aprecia la existencia de motivos económicos válidos en las operaciones para rechazar la existencia de fraude de ley.

Estos trascendentes casos van a realizar una doble y destacada aportación. Por un lado, la Administración tributaria basó todas estas regularizaciones en la figura del fraude de ley. El Tribunal Supremo acepta este enfoque pero, como había hecho antes la Administración, razona como si estuviéramos ante el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. De esta manera, estos procesos van a discurrir como debates centrados esencialmente en la prueba de los motivos económicos válidos de las operaciones o de la ausencia de los mismos. Por otro lado, estos casos van a conectar la cuestión doméstica con la internacional relativa a la erosión de las bases imponibles nacionales a través de la acreditación de gastos financieros excesivos. Por lo tanto, estos casos van a traer a colación el debate suscitado sobre esa erosión de las bases imponibles en el contexto del proyecto BEPS de la OCDE. Como ha ocurrido en otras materias propias de la fiscalidad internacional, el Tribunal Supremo no ha dudado en invocar el derecho indicativo o *soft law* procedente de los trabajos de la OCDE para fundar moralmente sus decisiones.

Este análisis jurisprudencial va a acabar con la Sentencia de 31 de mayo de 2016 (caso “Peugeot Citroen”) y una referencia a las Sentencias de 3 de julio de 2014 (caso “Abertis Infraestructuras”) y de 26 de enero de 2015 (caso “Colomer Group”). En estas dos últimas Sentencias, el Tribunal Supremo entiende que la falta de una declaración previa de la existencia de fraude de ley cuando ésta pudiera ser la solución correcta del caso, impide al tribunal declarar la existencia de ese fraude y le obliga a anular la liquidación dictada sobre otra base legal y prescindiendo de los trámites propios de dicho fraude de ley. La solución en el caso del conflicto en la aplicación de la norma tributaria debería ser la misma.

La Sentencia en el caso Peugeot Citroen se encuentra a caballo entre el terreno de las normas antielusión y el propio de los precios de transferencia. Pero destaca porque el Tribunal Supremo, frente a la doctrina del TEAC, rechaza que pudiera acudirse como norma antielusión de nuevo cuño al desconocimiento de los efectos de una operación cuando, realizada ésta entre partes vinculadas, se hubiera celebrado en condiciones tales que no fuese concebible una operación semejante entre partes independientes.

En suma, el Tribunal Supremo ha construido una jurisprudencia caso a caso cuando se abre una nueva etapa que puede influir decisivamente en la evolución de esta cuestión. Como es sabido, el sistema de nuestro recurso de casación ha cambiado radicalmente en la medida en la que hoy se funda en el intereses casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de acuerdo

con el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio, en adelante LJCA, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio con efectos desde el 22 de julio de 2016). La jurisprudencia expuesta se funda, como no podría ser de otro modo, en el régimen preexistente del recurso de casación cuando ya pocas decisiones del Tribunal Supremo podrán dictarse con arreglo al mismo. Para saber cómo puede afectar a esta materia el nuevo régimen de este recurso deberíamos saber primero qué criterios va a seguir nuestro Tribunal Supremo para apreciar ese interés casacional objetivo, cuando además el artículo 87 bis de la LJCA mantiene el viejo principio conforme al cual el recurso de casación se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho. No olvidemos que tanto la simulación como la existencia de motivos económicos válidos pueden entenderse en gran medida como cuestiones de hecho sujetas a la apreciación probatoria soberana de la Sala de instancia. Todo lo cual puede además suponer que en un futuro próximo se incremente la importancia de la doctrina emanada de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y, sobre todo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha visto influida por la realidad social, la percepción social del fraude fiscal y los trabajos internacionales sobre la elusión fiscal, en particular por el proyecto BEPS de la OCDE. También sobre este particular es difícil saber cuál va a ser la evolución de estos sentimientos y proyectos y cuál su influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La propia evolución de la composición de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo puede influir en este devenir. En realidad, el análisis de las últimas sentencias de 2016 y 2017 permite preguntarnos si estamos en un momento de inflexión en esa jurisprudencia tributaria en relación con las normas antielusión en general, con lo que ello puede suponer en el terreno de las normas generales como las contenidas en los artículos 13, 15 y 16 de la LGT vigente.

4. LA DOCTRINA DEL TJUE. ABUSO DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, MONTAJES PURAMENTE ARTIFICIALES Y LUCHA CONTRA LA EVASION FISCAL

4.1 La noción de abuso de derecho en la jurisprudencia previa del TJUE

4.1.1 Los precedentes iniciales

Desde hace años, el TJUE (entonces aún Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o TJCE) se ha ocupado de la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de normas nacionales que podrían constituir en principio una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas por los tratados, pero que podrían encontrar su justificación en la conducta de una persona o entidad, dirigida a eludir o evitar la aplicación de normas nacionales no discriminatorias. Inicialmente, el TJUE se ocupó de la cuestión en asuntos relacionados, de una u otra manera, con la libertad de establecimiento, ante el comportamiento de quien se establecía en el territorio de un Estado miembro, con el fin, a juicio de otro Estado, de evitar normas imperativas de este último.

Suelen citarse como precedentes más remotos de esta doctrina y de esta preocupación del TJUE, determinadas sentencias que, no obstante, como vamos a exponer, abordan la cuestión del abuso del Derecho comunitario de una manera indirecta y limitada.

En primer lugar, en la Sentencia Van Binsbergen, de 3 de diciembre de 1974 (asunto 33-74), el TJUE afronta la cuestión del posible ejercicio de una libertad fundamental, en aquel caso la libre prestación de servicios en relación con la libertad de establecimiento, cuando esa libertad de establecimiento se ejercita con el posible fin de eludir la aplicación de las normas de un Estado miembro sobre el ejercicio de una profesión, a pesar de lo cual la persona o entidad va a desarrollar desde el otro Estado, en el que se establece, básicamente, esa profesión o actividad de prestación de servicios, con destino al primer Estado miembro. En esta tesitura, el apartado trece de la sentencia acepta que un Estado miembro dificulte o impida esa prestación de servicios desde otro Estado, cuando la actividad de la persona o entidad va dirigida al primer Estado, habiéndose trasladado la persona o entidad con el fin de eludir las reglas nacionales relativas a esa profesión o actividad.

Curiosamente, esta antigua sentencia dibuja ya los contornos del debate. Como veremos, la construcción de las normas antielusión, desde la perspectiva comunitaria, ha partido de la observación de dos elementos en la conducta de un operador comunitario. Por un lado, hallaríamos el elemento objetivo, es decir, en nuestro caso, la existencia de una actividad que objetivamente considerada se dirige a otro Estado miembro distinto de aquel donde la persona o entidad se encuentra establecida. Por otro lado, el tribunal aprecia un elemento subjetivo, que no es otro que la finalidad o explicación de esa

contradicción que encierra el elemento objetivo observado, finalidad que en nuestro caso sería la de evitar o eludir las normas nacionales propias de una profesión regulada. Además, el TJUE analiza siempre la proporcionalidad o justificación de la medida, lo que en la sentencia Van Binsbergen enlaza con la naturaleza de la profesión ejercida, vinculada con la administración de justicia, la cual, pues, justifica ya un ejercicio limitado o regulado entre los propios nacionales del Estado. Por el contrario, la ausencia de esa justificación haría la norma nacional contraria al derecho comunitario, como una restricción injustificada de la libertad de establecimiento.

En segundo lugar, encontramos un bloque de sentencias del TJUE, derivadas de cuestiones prejudiciales holandesas, relacionadas con el régimen de las empresas de televisión o determinados medios de comunicación en los Países Bajos¹⁸¹. En las Sentencias Collectieve Antennevoorziening Gouda v Commissariaat voor de Media, de 25 de julio de 1991 (C-288/89), Vereniging Veronica Omroep Organisatie v Commissariaat voor de Media, de 3 de febrero de 1993 (C-148/91), y, finalmente, TV10 SA v Commissariaat voor de Media, de 5 de octubre de 1994 (C-23/93), el TJUE concreta su postura, ante compañías establecidas en otro Estado miembro, para emitir desde él hacia Holanda, con el fin de eludir la normativa de este último Estado sobre tales medios de comunicación. En tal situación, el TJUE vuelve a considerar justificada la reacción del Estado miembro cuando éste trata como si estuviera establecida en su territorio a aquella entidad establecida en otro Estado miembro con esa finalidad¹⁸².

¹⁸¹ Ver Dimitros Doukas, “Free Movement of Broadcasting Services and Abuse of Law”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011; páginas 63 y ss.

¹⁸² Como advierte DOUKAS, esta jurisprudencia cambia tras la aparición de un derecho derivado armonizado sobre prestación de servicios de comunicación audiovisual, es decir ya a raíz de la Directiva 89/552, de 3 de octubre de 1989, y su sucesora la Directiva 2010/13, de 10 de marzo de 2010. La jurisprudencia del TJUE en aplicación ya de estas directivas estrechó las posibilidades de la pura aplicación del principio de interdicción del abuso de derecho entendiendo que el derecho derivado ya recogía este mismo objetivo que debía compaginarse con el de respeto a la jurisdicción del Estado de establecimiento. Así resulta sobre todo de las Sentencias del TJUE de 5 de junio de 1997, en el caso VT4 (C-56/96), y de 9 de julio de 1997, en el caso De Agostini (C-34/95, C-35/95 y C-36/95).

En la actualidad, hay que acudir al artículo 4º de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), en su versión codificada. Este precepto viene en cierto modo a reflejar esta jurisprudencia al recoger la situación del operador establecido en un Estado que ofrece emisiones de radiodifusión televisiva dirigidas total o principalmente al territorio de otro Estado, si bien la Directiva opta por un criterio de coordinación entre los Estados que soslaya la necesidad de invocación de un principio general de prohibición del abuso de derecho.

4.1.2 Los casos Kefalas y Centros

Más tarde, el TJUE afronta más directamente el tema del abuso del Derecho comunitario en dos sentencias que ya sí constituyen un precedente inmediato de la moderna y decisiva doctrina del tribunal.

En la Sentencia Kefalas, de 12 de mayo de 1998 (C-367/96), el TJUE aborda un tema de derecho de sociedades. Ante la intervención administrativa de una determinada compañía griega y el aumento de capital de la misma decidido por el órgano competente de la Administración pública, ciertos accionistas recurren por entender infringido el Derecho comunitario y, en concreto, la Segunda Directiva en materia de derecho de sociedades. En el litigio, el juez nacional plantea como cuestión prejudicial si en la interpretación de esa norma comunitaria ha de tenerse en cuenta la prohibición del abuso de derecho, contenida como un principio general en el ordenamiento nacional, en la medida en la cual la pretensión de los accionistas demandantes podría considerarse contraria a la buena fe y a la prohibición del mencionado abuso de derecho. En concreto, los antiguos accionistas alegaban la infracción del Derecho comunitario al exigir éste que todo aumento de capital sea acordado por la Junta General. Para el juez nacional remitente de la cuestión prejudicial, la pretensión de dichos accionistas podría ser contraria a la buena fe al no tener en cuenta las circunstancias económicas de la sociedad intervenida y los propios beneficios derivados de la intervención para los accionistas, que tuvieron derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones que no ejercitaron.

El TJUE comienza dejando sentado que, en efecto, los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta. Por lo tanto, no puede considerarse contraria al ordenamiento comunitario la aplicación de una norma como la contenida en el derecho griego, por la que se prohíbe el abuso de derecho y se permite en consecuencia apreciar si existe ese abuso en el ejercicio de un derecho conferido por el ordenamiento comunitario (apartados 20 y 21). El TJUE remite a los órganos nacionales la competencia para apreciar si existe o no ese ejercicio abusivo y, en esta sentencia Kefalas, trata solo de precisar tres ideas acerca de cómo debe entenderse este principio a la luz de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario. En primer lugar, el TJUE advierte que las normas nacionales como la mencionada, han de interpretarse teniendo en cuenta los principios y la finalidad del ordenamiento comunitario, evitando que esa interpretación rompa la aplicación uniforme de aquel. En segundo lugar, el TJUE recuerda que no puede considerarse abusiva la mera invocación o ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento comunitario. Finalmente, ese abuso surgirá si

esa invocación responde a la finalidad de obtener ventajas ilegítimas no comprendidas en la finalidad perseguida por la norma comunitaria¹⁸³.

Un litigio relacionado también con el Derecho de sociedades aparece asimismo en el caso de la Sentencia Centros Ltd., de 9 de marzo de 1999 (C-212/97), si bien el núcleo del debate vuelve a encontrarse en el posible ejercicio abusivo de una libertad comunitaria, en concreto y de nuevo, la libertad de establecimiento. En aquel caso, dos personas físicas, matrimonio residente en Dinamarca, constituyeron una sociedad en el Reino Unido, solicitando esta última la inscripción en Dinamarca de una sucursal. Las autoridades danesas rechazaron esa inscripción, atendiendo al hecho de que la sociedad inglesa no desarrollaba ninguna actividad en el Reino Unido, por lo cual las autoridades danesas entendieron que lo que se pretendía en realidad era constituir en Dinamarca el establecimiento principal de una sociedad eludiendo las exigencias mercantiles danesas, en especial las concernientes al capital mínimo desembolsado de una sociedad.

Ante este posible abuso de derecho o fraude de ley, el TJUE reiteró que un Estado miembro estaba facultado para adoptar medidas contra el ejercicio abusivo del derecho comunitario. Sin embargo, en el caso analizado resolvió que el Derecho comunitario amparaba el proceder de la sociedad que pretendía la inscripción de su sucursal, desde la perspectiva del derecho a la libertad de establecimiento. Ciertamente, la decisión del TJUE resulta ambigua en la medida que exige la inscripción de la sucursal pero deja abierta la posibilidad de que las autoridades danesas adopten las medidas apropiadas para evitar cualquier fraude. Pero, a nuestros efectos, interesa sobre todo el

¹⁸³ La sentencia en el caso Kefalas había venido precedida por la dictada por el TJUE el 12 de marzo de 1996 (asunto C-441/93), en el caso Panagis Pafitis. En un caso procedente asimismo de Grecia en relación con la intervención de un banco, el Tribunal dedica los apartados 67 a 70 de la sentencia al posible abuso de derecho. En aquella sentencia sin embargo el Tribunal se limitó a resaltar la importancia de la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias, la cual no debería verse menoscabada por la aplicación de una norma nacional sobre el abuso de derecho. Además, en ningún caso podría considerarse abusiva una pretensión basada en la estricta aplicación de una norma comunitaria.

Tras la Sentencia Kefalas, el Tribunal dictaría la Sentencia de 23 de marzo de 2000 (asunto C-373/97), asunto Diamantis. De nuevo ante una cuestión prejudicial planteada por un tribunal griego relativa a la aplicación de la Segunda Directiva en ampliaciones de capital para la reestructuración de empresas, el TJUE se remite a su doctrina en el caso Kefalas, para reiterar que los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta. En el caso concreto, el Tribunal resalta que si se estimase la acción entablada, tal decisión afectaría a hechos acaecidos durante la administración provisional de la entidad intervenida y a terceros de buena fe. Por ello, la aplicación uniforme del Derecho comunitario no correría peligro si se entendiese que un accionista que se ampara en la Segunda Directiva abusa de su derecho cuando su acción conduce a resultados desproporcionados.

Por supuesto, aunque nada tiene que ver con la noción de abuso de derecho, una perspectiva distinta puede verse en la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2016 (asunto C-8/15 P a C-10/15 P), caso Ledra Advertising Ltd, que resuelve tres recursos de casación en relación con las consecuencias de la intervención de un banco chipriota en el marco del Tratado MEDE.

análisis que hace el TJUE de la libertad de establecimiento como norma que proporciona plena cobertura al proceder de la entidad, afirmando que no puede entenderse que actúa fraudulentamente una entidad o una persona física por el solo hecho de ejercer su derecho a la libertad de establecimiento desde una sociedad inglesa, aunque optasen por constituir esa sociedad atendiendo a las ventajas que les ofrecía el Derecho mercantil inglés y esa sociedad no desarrollase en el Reino Unido ninguna actividad. Es decir, el TJUE reitera con mayor precisión que no existe ejercicio abusivo de un derecho reconocido por el ordenamiento comunitario cuando ese derecho se ejercita por motivos vinculados con las ventajas que así obtiene el operador comunitario. En concreto, no existirá tal abuso en el ejercicio de la libertad de establecimiento cuando la misma se ejercita ante las ventajas que ofrece el ordenamiento mercantil, o de otra naturaleza, de un Estado, por comparación con las normas de otro Estado miembro. Dicho esto, el TJUE añade que el juez nacional puede apreciar si, por otras razones, existe ese uso abusivo, siempre que aquel tenga en cuenta elementos objetivos para apreciar ese comportamiento abusivo, sin perder de vista nunca los fines perseguidos en cada caso por las normas comunitarias¹⁸⁴.

4.1.3 El caso Emsland-Stärke GMBH

Antes de analizar el núcleo esencial de la jurisprudencia comunitaria actual, en cuanto al abuso de derecho en materia tributaria, hemos de aludir a otras dos sentencias del TJUE, que constituyen un antecedente inmediato también de esa doctrina moderna del tribunal. Tales Sentencias son las recaídas en los

¹⁸⁴ Años más tarde, el TJUE va a reiterar esta doctrina en un caso semejante como es el caso Inspire Art, Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (asunto C-167/01). Nuevamente, una sociedad se constituye en el Reino Unido por la aparente razón de las ventajas de la normativa de este Estado en relación con las previstas en la legislación de los Países Bajos, país donde la entidad va a desarrollar su actividad y donde pretende inscribir una sucursal. La controversia surge en relación con la constancia en el registro mercantil holandés del hecho de que la entidad es formalmente una sociedad extranjera.

El Tribunal se remite a la Sentencia Centros para recordar que las razones por las que una sociedad decide constituirse en un Estado miembro no influyen en la aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento, salvo en caso de fraude. En particular, no constituye un abuso que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro por las ventajas que ello le reporta, aun cuando la sociedad ejerza lo fundamental de sus actividades, o incluso la totalidad, en el Estado de establecimiento (apartado 96 de la sentencia Inspire Art). Finalmente, el Tribunal recuerda que el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento que permita a este último Estado miembro denegar a dicha sociedad la aplicación de las disposiciones comunitarias relativas al derecho de establecimiento (apartado 139 de la Sentencia Inspire Art, en relación con el apartado 29 de la Sentencia Centros).

casos General Milk Products, sentencia de 3 de marzo de 1993 (C-8/92) y, sobre todo, Emsland-Stärke GmbH, de 14 de diciembre de 2000 (C-110/99)¹⁸⁵.

Nos encontramos en presencia de decisiones en materia de ayudas o exacciones de la política agrícola común, en las cuales el TJUE analiza la existencia de posibles prácticas abusivas de determinados operadores comunitarios dirigidas a obtener restituciones propias de dicha política agrícola común. Tales prácticas abusivas consistían, en síntesis, en la remisión de mercancías, que salían efectivamente del territorio de la Comunidad, pero para ser reenviadas a dicho territorio o tras haber sido introducidas en él, tráfico realizado con el posible fin de obtener las mencionadas restituciones o montantes compensatorios monetarios positivos. El TJUE acepta que podría tratarse de una práctica abusiva, correspondiendo a los órganos nacionales apreciar esta circunstancia.

De esta manera, el TJUE introduce ya un primer elemento de su doctrina, caracterizada en efecto por reconducir todos los supuestos al terreno común de las prácticas abusivas. El Tribunal no aprecia en estos casos una inexistencia o falsedad de las transacciones ni habla de simulación ni diferencia estos casos de aquellos otros en los que cabría entender que nos hallamos ante negocios o transacciones reales aunque pudieran resultar abusivas. Cualquier debate parece llamado a decidirse en el terreno conceptual del llamado abuso de Derecho comunitario que surgiría cuando no nos hallamos ante transacciones comerciales normales sino realizadas con el único objeto de obtener abusivamente una ventaja económica¹⁸⁶.

Por otra parte, la sentencia en el caso Emsland-Stärke incorpora claramente el doble test característico en esta cláusula antielusión que va a ir construyendo el TJUE. Para el Tribunal, la existencia de una práctica abusiva exige la concurrencia de un doble requisito o elemento. De acuerdo con los apartados 52 y 53 de esta sentencia, la constatación de que se trata de una práctica abusiva exige, en primer lugar, que concorra una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa. Y, por otro lado, esa constatación requiere un elemento subjetivo, que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención. La existencia de dicho elemento subjetivo puede acreditarse, en particular y en este caso, mediante la prueba de una colusión entre el exportador comunitario beneficiario de las restituciones y el importador de la mercancía en el país tercero.

¹⁸⁵ Ver: Pasquale Pistone, “Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: From (Before) Emsland-Stärke 1 to Halifax (and Beyond)”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S, op. cit.; páginas 381 y siguientes.

¹⁸⁶ Ver ya esta idea en el apartado 21 de la STJUE de 3 de marzo de 1993, Caso General Milk Products.

Además, el TJUE recoge en esta última sentencia una distinción también decisiva desde la perspectiva del derecho sancionador. Frente a las alegaciones de la entidad, el TJUE entiende que *<<[l]a obligación de devolver las restituciones percibidas en un supuesto en el que se acredite la existencia de los dos elementos constitutivos de una práctica abusiva no viola el principio de legalidad. En efecto, la obligación de devolución no constituye una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino la mera consecuencia de la constatación de que las condiciones exigidas para la obtención del beneficio resultante de la normativa comunitaria fueron creadas artificialmente, haciendo que las restituciones concedidas fueran indebidas y justificando, por consiguiente, la obligación de devolverlas>>* (apartado 56 de la Sentencia Emsland-Stärke).

Vemos pues en esta Sentencia las semillas de la doctrina que el TJUE va a recoger y desarrollar en el ámbito tributario¹⁸⁷. Estos elementos básicos son esencialmente cuatro:

- a) El TJUE va a mencionar siempre ese doble test o elemento, objetivo y subjetivo, en su concepción de una práctica abusiva.
- b) El elemento objetivo descansa en realidad en la idea de una interpretación finalista de la norma que sirve para apreciar si la obtención de la ventaja controvertida queda amparada por el objetivo perseguido por aquella.
- c) El elemento subjetivo atiende a la finalidad de un negocio dirigido precisamente a obtener esa ventaja. Sin embargo, este segundo elemento subjetivo puede o mejor debe acreditarse a partir de circunstancias objetivas. Es decir, esta intención de las partes no debe buscarse en la voluntad de éstas sino en los indicios que rodean los negocios realizados.
- d) Finalmente, como aspecto de este elemento subjetivo, el TJUE introduce ya la idea de artificialidad, pues la voluntad de obtener la ventaja controvertida se desarrolla “[c]reando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención” (apartado 53 de la Sentencia Emsland-Stärke).

¹⁸⁷ Más recientemente, el TJUE ha dictado tres sentencias, sobre las que luego volveremos, que enlazan directamente con la relativa al caso Emsland-Stärke, al margen del ámbito fiscal. Nos referimos a las Sentencias del TJUE de 13 de marzo de 2014, en el caso SICES (C-155/13), así como a las dictadas el 9 de julio de 2015, en el caso Cimmino y otros (C-607/13) y el 14 de abril de 2016, en el caso Cervati (asunto C-131/14).

4.2 La primera elaboración de la noción de abuso de derecho en el ámbito tributario: los casos Halifax y Cadbury Schweppes

4.2.1 Precedentes inmediatamente anteriores

El TJUE va a construir su doctrina sobre la trascendencia del abuso de derecho en el ámbito tributario, en tres sentencias decisivas: Halifax, de 21 de febrero de 2006 (C255-02)¹⁸⁸; Cadbury Schweppes plc. y Cadbury Schweppes Overseas Ltd., de 12 de septiembre de 2006 (C-196-04); y, finalmente, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, de 13 de marzo de 2007 (C-524/04). No obstante, antes de examinar la doctrina construida en estas tres sentencias, conviene dejar constancia de los precedentes que supusieron las Sentencias de 12 de julio de 1988, en el caso Direct Cosmetics (138 y 139/86), y de 29 de abril de 2004, en los casos Gemeente Leusden (C-487/01) y Holón Groep BV (C-7/02).

En el viejo precedente que representa la Sentencia Direct Cosmetics destaca el intento aislado que hace el TJUE de construir un criterio de diferenciación entre las nociones de fraude y evasión fiscal. En un caso sobre la validez de una Decisión de autorización al Reino Unido para establecer una medida de excepción en la aplicación del IVA, los apartados 21 y 22 de la sentencia nos dicen que el artículo 27 de la Sexta Directiva, en todas las versiones lingüísticas, realizaba una distinción entre el concepto de evasión, que corresponde a un fenómeno puramente objetivo, y el de fraude, que contiene un elemento intencional. Habría pues un carácter objetivo inherente al concepto de evasión fiscal, que no exige como requisito para su existencia la intención del contribuyente, la cual constituye en cambio el elemento esencial de la noción de fraude. Por otra parte, como recuerda el apartado 29 de la misma sentencia, la noción de evasión fiscal se correspondería con la expresión “*tax avoidance*”, en lengua inglesa, en la cual la expresión “*tax evasión*” se reserva para el fraude fiscal.

En la Sentencia Gemeente Leusden, en el terreno fiscal del sistema común del IVA, el TJUE hizo ya una referencia, aunque fuese puramente incidental, a las características propias de las prácticas abusivas, que el Derecho comunitario no puede proteger. Trayendo al terreno fiscal el criterio ya señalado del doble

¹⁸⁸ En realidad, en esa fecha el TJUE dicta tres sentencias sobre temas similares que siguen la doctrina fijada en Halifax. Las otras dos sentencias se producen en los asuntos BUPA Hospitals (C-419/02) y University of Huddersfield Higher Education Corporation (C-233/03). En todas estas sentencias, el TJUE, frente a la posición de la Administración británica, afirma que la finalidad de unas operaciones no permite negar que constituyan una actividad económica y sean entregas de bienes o prestaciones de servicios a efectos del IVA. Faltará esa actividad económica, en los casos de fraude fiscal, por la emisión de facturas irregulares o declaraciones falsas. Sin embargo, no cabe negar a una operación su sustrato económico y su condición de entrega de bienes o prestación de servicios a efectos del IVA, por el mero hecho de haberse realizado esa operación con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal.

requisito, el TJUE recuerda que una práctica de esta índole puede acreditarse si concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención. De acuerdo con la doctrina sentada en el apartado 56 de la Sentencia Emsland-Stärke, la obligación de restituir la ventaja obtenida indebidamente en el supuesto de una práctica abusiva, no vulnera el principio de legalidad y no es más que la consecuencia de la comprobación de la existencia de esa práctica abusiva. Y el Tribunal añade, en el apartado 79 de esta Sentencia, que en el supuesto de la evasión fiscal, *“aunque con arreglo al Derecho de un Estado miembro no se pueda reprochar a un contribuyente haberse beneficiado de una disposición o de una laguna legislativa que le permitía pagar menos impuestos, incluso sin existir una práctica abusiva, la supresión del marco legislativo del que se ha beneficiado un sujeto pasivo del IVA no puede vulnerar, por sí misma, una confianza legítima basada en el Derecho comunitario”*.

4.2.2 El caso Halifax

Tras esta Sentencia, el TJUE, como decíamos, aborda ya decidida y decisivamente la cuestión en la Sentencia Halifax. Nos hallamos ante una cuestión prejudicial planteada por el *VAT and Duties Tribunal* del Reino Unido, en un caso de posible práctica abusiva de una entidad financiera para acreditar deducciones a las que normalmente no tendría derecho. El Tribunal de Justicia comienza recordando que, según reiterada jurisprudencia, los justiciables no pueden prevalerse de las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta, si bien la legislación comunitaria ha de ser precisa y su aplicación previsible, por razones de seguridad jurídica que exigen que los interesados conozcan con precisión cuáles van a ser sus obligaciones financieras (apartados 68 y 72 de la sentencia). Como vemos, el TJUE trata, desde el principio, de construir su doctrina sobre la base de la búsqueda del equilibrio de los intereses en juego. Entre tales intereses, encontramos, de un lado, el rechazo de prácticas abusivas y, de otro, la necesidad de que esas prácticas no se presuman genéricamente, sino que sean apreciadas a la vista de los citados elementos objetivo y subjetivo. Junto a esta necesidad de apreciar correctamente la existencia de una práctica abusiva, el TJUE coloca las exigencias de la seguridad jurídica y la confianza legítima, que requieren certeza en la aplicación de las normas y sus efectos, así como las propias de la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario y el respeto de las libertades fundamentales recogidas en los tratados.

Desde esta perspectiva, la Sentencia Halifax aborda la construcción de un marco para apreciar la existencia de una práctica abusiva en el ámbito fiscal.

Más concretamente, el TJUE actúa en relación con un tributo armonizado, como es el caso del IVA. Y el Tribunal aborda esta tarea en varios apartados de la sentencia:

- a) Antes de nada, el apartado 69 de la Sentencia Halifax conecta la idea de práctica abusiva con la de normalidad de las transacciones, procedente de las sentencias General Milk Products y Emsland-Stärke. Por lo tanto, si bien la aplicación del Derecho comunitario no puede extenderse hasta llegar a cubrir las prácticas abusivas de los operadores económicos, tales prácticas surgirán en el caso de operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario.
- b) A continuación, hallamos los apartados 74 y 75 de la Sentencia Halifax, apartados a los que el Tribunal se remitirá en innumerables ocasiones en sentencias posteriores. Estos dos apartados dicen lo siguiente:

74. A la luz de estas consideraciones, parece que, en el ámbito del IVA, la comprobación de que existe una práctica abusiva exige, por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes de la Sexta Directiva y de la legislación nacional por la que se adapte el Derecho interno a esta Directiva, las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones.

75. Por otra parte, de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal. En efecto, como precisó el Abogado General en el punto 89 de sus conclusiones, la prohibición de prácticas abusivas carece de pertinencia cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales.

Como podemos apreciar, estos apartados reiteran en realidad la doctrina ya expuesta en los apartados 52 y 53 de la Sentencia Emsland-Stärke. Incluso podríamos decir que lo hacen con menor precisión, llamando especialmente la atención la desaparición de la referencia a la artificialidad de las transacciones. En cambio, aparece la idea de que el elemento subjetivo puede quedar neutralizado cuando se acredite que las operaciones tienen una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales.

Por lo tanto, el Tribunal combina los citados elementos objetivo y subjetivo de su análisis clásico para construir una doctrina con tres piezas principales. En primer lugar, las operaciones de que se trate han de ir dirigidas a obtener una ventaja fiscal. Ahora bien, no basta esta finalidad, pues es preciso que esa obtención de tales ventajas fiscales sea contraria al objetivo perseguido por las normas aplicables del ordenamiento comunitario. Y, finalmente, la comprobación de que existe una práctica abusiva ha de descartar que las operaciones en cuestión puedan tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales. Ya más tarde, en Cadbury-Schweppes, el Tribunal volverá a añadir la artificiosidad.

- c) Asimismo, la Sentencia Halifax contenía dos advertencias incidentales, relevantes y controvertidas. En primer lugar, recordando que ya se había pronunciado antes en estos términos en el apartado 56 de la sentencia Emsland-Stärke, el Tribunal de Justicia señala que *<<[//]a comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación, haciendo que las deducciones del IVA soportado sean, en parte o en su totalidad, indebidas>>* (apartado 93 de la Sentencia Halifax).

Y, en segundo lugar, desde la perspectiva del principio de neutralidad del IVA, el TJUE advierte en el apartado 94 de la Sentencia Halifax que lo que el Tribunal denomina redefinición de las operaciones realizadas en el marco de una práctica abusiva, ha de suponer el restablecimiento de la situación, como habría ocurrido de no haber mediado esa práctica abusiva, con devolución de las cantidades deducidas de forma abusiva, pero sin que la Administración tributaria esté facultada para exigir un impuesto superior al que hubiera normalmente procedido. De esta manera, la Administración ha de devolver también aquellas cantidades devengadas como consecuencia de la propia estructura artificial creada.

Curiosamente, el Abogado General (Sr. Poiares Maduro), en los apartados 85 a 91 de sus Conclusiones, había llevado a cabo una exposición más técnica y detallada de esta doctrina clásica antielusión, de acuerdo con la tradición anglosajona de la “*economic substance*”. Antes de nada, el Abogado General recuerda que *<<[n]o existe obligación legal de gestionar una empresa de modo que se maximice el ingreso fiscal para el Estado. El principio básico es la libertad de optar por el medio menos gravado de gestionar la empresa para reducir los costes al mínimo. Por otra parte, dicha libertad de opción existe únicamente dentro del ámbito de las posibilidades legales previstas por el régimen del IVA. La finalidad normativa del principio de prohibición del abuso*

de derecho en el sistema del IVA es precisamente la de definir la gama de opciones que las normas comunes del IVA han dejado abiertas a los sujetos pasivos. Esa definición ha de tener en cuenta los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los contribuyentes>> (apartado 85).

A continuación, en los apartados 87 a 90 de sus Conclusiones, el Abogado General señalaba lo siguiente (los subrayados son nuestros):

87. Por tanto, estimo que el concepto de abuso en Derecho comunitario, aplicable al sistema del IVA, opera sobre la base de un criterio que comprende dos elementos. Ambos elementos han de estar presentes para determinar la existencia de un abuso del Derecho comunitario en esta materia. El primero corresponde al elemento subjetivo mencionado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Emsland-Stärke, si bien sólo es subjetivo en la medida en que pretende verificar la finalidad de las actividades de que se trata. Dicha finalidad –que no debe confundirse con la intención subjetiva de quienes participan en tales actividades– ha de determinarse objetivamente sobre la base de la inexistencia de cualquier otra justificación económica distinta de la de crear una ventaja fiscal. En consecuencia, este elemento puede considerarse como un elemento de autonomía. En efecto, al aplicarlo, las autoridades nacionales deben determinar si la actividad de que se trata tiene cierto fundamento autónomo que, prescindiendo de consideraciones fiscales, puede dotarla de alguna justificación económica en las circunstancias del caso.

88. El segundo elemento del criterio propuesto corresponde al denominado elemento objetivo mencionado en la sentencia Emsland Stärke. En efecto, es un elemento teleológico por el que la finalidad y los objetivos de las normas comunitarias de las que supuestamente se abusa se comparan con la finalidad y los resultados conseguidos por la actividad de que se trata. Este segundo elemento es importante, no sólo porque ofrece un criterio conforme al que han de apreciarse el objetivo y los resultados de la actividad de que se trata, sino también porque ofrece una salvaguardia para los casos en que la única finalidad de la actividad pueda ser reducir la deuda tributaria, si bien esa finalidad es efectivamente el resultado de una opción entre los distintos regímenes fiscales que el legislador comunitario ha pretendido ofrecer. Por tanto, cuando no existe contradicción entre el reconocimiento de la pretensión del sujeto pasivo y los objetivos y resultados perseguidos por la disposición legal invocada, no cabe apreciar ningún abuso.

89. La prohibición del abuso, como principio de interpretación, ya no presenta pertinencia cuando la actividad económica realizada pueda tener una explicación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales frente a

la administración tributaria. En tales circunstancias, interpretar que una disposición legal no confiere dicha ventaja sobre la base de un principio general no escrito supondría conceder un margen discrecional excesivamente amplio a las autoridades tributarias para decidir cuál de las finalidades de una determinada operación debería considerarse predominante. Ello introduciría un grado elevado de inseguridad en cuanto a las opciones legítimas efectuadas por los operadores económicos y afectaría a actividades económicas claramente merecedoras de protección, por cuanto están constituidas, al menos en cierta medida, por finalidades comerciales ordinarias.

90. Caben escasas dudas acerca de que debe reconocerse la posibilidad de que también en esos casos, en los que las actividades están constituidas por una combinación de consideraciones fiscales y no fiscales, pueden introducirse restricciones adicionales para las pretensiones derivadas de actividades que, en medidas variables, persiguen principalmente obtener ventajas fiscales. No obstante, ello exigirá la adopción de medidas legislativas nacionales apropiadas. No bastará la mera interpretación. Dichas medidas pueden incluir disposiciones más generales de lucha contra el abuso del tipo adoptado en algunos Estados miembros, que son aplicables entre otras materias al IVA, que pueden diferir, en su ámbito de aplicación, *modus operandi* o efecto, de la aplicación en materia de IVA del principio interpretativo del Derecho comunitario de prohibición del abuso. (86) En cualquier caso, esa legislación debe observar el procedimiento del artículo 27 y los límites establecidos al respecto por el Tribunal de Justicia. (87).

4.2.3 El caso Cadbury Schweppes

Tras Halifax encontramos una nueva sentencia decisiva, la dictada en el caso Cadbury Schweppes. Esta sentencia completa la doctrina antielusión tradicional con el concepto de montaje puramente artificial, en una cuestión prejudicial, planteada por los *Special Commissioners of Income Tax* del Reino Unido, sobre las consecuencias de la presencia de una entidad, un centro financiero, situado en Irlanda, y la aplicación de la norma británica de transparencia fiscal internacional, con arreglo a la cual se atraía al Reino Unido la renta de la entidad irlandesa, en la medida en la cual la entidad controlada no residía en aquel Estado.

En esta sentencia, resulta crucial advertir el cambio de perspectiva y la complementariedad respecto de la Sentencia Halifax. Como ha señalado el Abogado General en las recientes conclusiones en el asunto *WebMindLicenses*¹⁸⁹, los criterios de estas sentencias son complementarios

¹⁸⁹ Conclusiones presentadas el 16 de septiembre de 2015 por el AG Sr. Melchior Wathelet.

pues en Halifax nos hallamos ante un caso doméstico concerniente a un tributo armonizado, el IVA, mientras que en Cadbury Schweppes estamos ante operaciones transfronterizas que obligan a analizar la compatibilidad y justificación de normas nacionales en relación con las libertades fundamentales que resultan del Derecho de la Unión.

En este contexto, la Sentencia Cadbury Schweppes relaciona, en primer lugar, la cuestión planteada con su doctrina sobre compatibilidad de las legislaciones nacionales en materia de fiscalidad directa con las libertades fundamentales según los tratados. En particular, en el caso contemplado, ese enfoque obligaría a analizar la norma británica desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, en la medida en la que esa norma podría suponer una restricción injustificada de esa libertad fundamental, al disuadir a una entidad residente de establecerse en otro Estado miembro.

Como es sabido, el TJUE ha construido una sólida doctrina en la citada materia, de compatibilidad de las normas sobre fiscalidad directa con el ordenamiento comunitario. Esta doctrina puede resumirse del siguiente modo:

- a) En primer lugar, el TJUE reconoce que corresponde a los Estados miembros la competencia en materia de fiscalidad directa. No obstante, los Estados han de ejercitar esa competencia de acuerdo con las exigencias del Derecho comunitario y, en particular, respetando el ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas en los tratados. También corresponde a los Estados celebrar los convenios de doble imposición que juzguen conveniente y establecer de este modo el reparto de competencias fiscales que consideren adecuado. Sin embargo, también esos convenios deben respetar las exigencias del ordenamiento comunitario.
- b) En segundo lugar, el TJUE enfoca esta cuestión con la metodología propia de un problema de discriminación o si se prefiere de aplicación del principio de igualdad. Aunque los residentes y los no residentes se encuentran en una situación distinta que puede justificar un trato diferente, esta afirmación deja de ser cierta cuando ambos se encuentran en una posición jurídica que sea objetivamente comparable o equivalente, de suerte que ese trato diferente deje de estar justificado. En tal caso, surge una diferencia de trato que constituye, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, una discriminación indirecta por razón de nacionalidad, al suponer una restricción de una de las libertades fundamentales recogidas en los tratados.
- c) No obstante, esta restricción puede estar justificada, bien por las excepciones admitidas por el artículo 58 del Tratado de la Comunidad Europea, actual artículo 65 del TFUE, respecto de la libre circulación

de capitales; bien por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal nacional o de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros; o bien, finalmente, por razones imperiosas de interés general para asegurar la eficacia o efectividad de los controles fiscales o por el objetivo de prevenir la evasión fiscal o luchar contra el fraude fiscal¹⁹⁰.

La cuestión que nos ocupa, de la doctrina del TJUE sobre las normas antielusión, enlaza directamente con esta última justificación de una restricción a una libertad fundamental de acuerdo con los tratados. En efecto, entre otras razones, esa restricción puede estar justificada por el objetivo de una norma nacional, dirigida a evitar la evasión fiscal¹⁹¹. Al menos esta era la terminología tradicional empleada por el TJUE, puesto que a partir de la Sentencia Cadbury Schweppes esa posible evasión fiscal parece entenderse referida a los montajes puramente artificiales, noción que surge precisamente en esta sentencia que ahora comentamos¹⁹².

Como se dice en el apartado 55 de la Sentencia en el caso Cadbury Schweppes, y se va a reiterar por ejemplo en el apartado 64 de la Sentencia de 18 de junio de 2009, caso Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, cuando una restricción a una libertad fundamental se justifica por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objeto específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales,

¹⁹⁰ El TJUE ha construido y reiterado esta doctrina a través de innumerables sentencias. No obstante, entre las más recientes, donde la doctrina se ha ido perfilando, podemos destacar las siguientes: Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimant in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04); Sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Denkavit Internacional BV* (C-170/05); Sentencia de 15 de febrero de 2007, *Centro Equestre de Lezíria Grande Lda* (C-345/04); Sentencia de 11 de octubre de 2007, *Hollmann* (C-443/06); Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Skatteverket y A* (C-101/05); Sentencia de 16 de octubre de 2008, *R.H.H. Renneberg* (C-527/06); Sentencia de 27 de noviembre de 2008, *Papillon* (C-418/07); Sentencia de 18 de junio de 2009, *Aberdeen* (C-303/07); Sentencia de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG* (C-182/08); Sentencia de 10 de febrero de 2011, *Haribo* (C-436/08 y C-437/08); Sentencia de 10 de abril de 2014, *DFA* (C-190/12); Sentencia de 12 de junio de 2014, *SCA Group Holding* (C-39/13, C-40/13 y C-41/13); Sentencia de 2 de septiembre de 2015, *Steria* (C-386/14); Sentencia de 17 de septiembre de 2015, *Miljoen* (C-10/14, C-14/14 y C-17/14); Sentencia de 13 de julio de 2016, *Brisal* (C-16/15) y, finalmente y entre otras muchas, Sentencia de 24 de noviembre de 2016, *SECIL* (C-464/14).

¹⁹¹ Clásicamente, el TJUE ya había señalado en la Sentencia de 28 de enero de 1986, *Avoir Fiscal* (C-270/83), que la libertad de establecimiento no permite excepciones basadas en el riesgo de evasión fiscal (apartado 25 de la citada sentencia).

¹⁹² No obstante, la expresión montaje artificial se había utilizado ya en relación con la lucha contra la evasión fiscal en la Sentencia de 16 de julio de 1998, *caso Imperial Chemical Industries ICI* (C-264/96). En el apartado 26 de la citada sentencia, el TJUE advierte, en relación con la justificación alegada de riesgo de evasión fiscal, que *“basta con señalar que la normativa de que se trata no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal del Reino Unido, sino que contempla, en general, cualquier situación en la que la mayoría de las sociedades filiales de un grupo se hallen establecidas fuera del Reino Unido por la razón que sea”*.

carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional. Dicho de otra manera, en palabras del propio Tribunal, el justiciable se hallará protegido por la libertad de establecimiento sólo cuando haya ejercido realmente esta libertad, cosa que no sucederá cuando ese establecimiento sea un mero montaje artificial, llevado a cabo con ese fin de evasión fiscal¹⁹³.

Ahora bien, el TJUE afronta también en su doctrina la propia tarea de perfilar qué son montajes puramente artificiales. En primer lugar, la sentencia recuerda que ese montaje artificial no puede presumirse a partir de la circunstancia de que la filial esté sometida a una carga fiscal menor en el Estado donde se haya establecido (apartado 49 de la Sentencia). Dicho de otro modo, los motivos fiscales del ejercicio de la libertad de establecimiento no permiten hablar de montaje puramente artificial, si esa libertad de establecimiento se ha ejercido efectiva o realmente. Y el Tribunal de Justicia delimita este ejercicio efectivo de tal libertad en los apartados 64 a 69 de la Sentencia Cadbury Schweppes:

64 La constatación de la existencia de tal montaje exige en efecto, además de un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que resulte de elementos objetivos que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por el Derecho comunitario, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, tal y como aparece recogido en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, Rec. p. I-11569, apartados 52 y 53, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-0000, apartados 74 y 75).

¹⁹³ Muchos años después, en la Sentencia ya mencionada de 24 de noviembre de 2016, caso SECIL, al analizar la posible justificación de una restricción a la libertad de circulación de capitales, en un tratamiento diferenciado de los dividendos de fuente extranjera, por razones imperiosas de interés general, el Tribunal recuerda que <<[u]na medida nacional que restrinja la libre circulación de capitales puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el único objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por las actividades llevadas a cabo en el territorio nacional>> (apartado 59 de la sentencia). Igualmente, en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, caso Masco Denmark (asunto C-593/14), el TJUE reitera que <<[p]or lo que atañe al objetivo de prevención de la evasión fiscal, es preciso señalar que, para que una alegación basada en esa justificación pueda prosperar, el objetivo específico de esta medida debe ser oponerse a montajes puramente artificiales, sin relación con la realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland, C-388/14, EU:C:2015:829, apartado 42 y jurisprudencia citada)>>.

Esta misma idea se hallaba ya en Sentencias decisivas anteriores como Lankhorst-Hohorst, de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-324/00), apartado 37, o Lasteyrie du Saillant, de 11 de marzo de 2004 (asunto C-9/02), apartado 50.

65 En estas circunstancias, para que la legislación sobre las SEC sea conforme al Derecho comunitario, la aplicación del régimen de tributación previsto por la citada legislación debe quedar descartada cuando, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la constitución de una SEC responda a una realidad económica.

66 Dicha constitución ha de corresponderse con una implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida, como se desprende de la jurisprudencia recordada en los apartados 52 a 54 de la presente sentencia.

67 Como sugirieron el Gobierno del Reino Unido y la Comisión en la vista, dicha constatación debe basarse en elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere.

68 Si de la verificación de tales elementos se dedujese que la SEC constituye una implantación ficticia que no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de dicha SEC tiene el carácter de un montaje puramente artificial. Así podría suceder, en particular, en el caso de una filial «fantasma» o «pantalla» (véase la sentencia de 2 de mayo de 2006, Eurofood IFSC, C-341/04, Rec. p. I-0000, apartados 34 y 35).

69 En cambio, como ha señalado el Abogado General en el punto 103 de sus conclusiones, la circunstancia de que las actividades correspondientes a los beneficios de la SEC podrían además haber sido realizadas por una sociedad establecida en el territorio del Estado miembro en el que se encuentra implantada la sociedad residente no puede permitir llegar a la conclusión de que existe un montaje puramente artificial.

En consecuencia, recogiendo el precedente inmediato que suponía la Sentencia de 2 de mayo de 2006, en el caso Eurofood IFSC Ltd, (C-341/04), sobre competencia judicial, el TJUE sitúa el abuso de derecho en la ausencia de un ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento. No puede existir ese abuso o fraude, si el justiciable u operador económico se encuentra protegido por una libertad comunitaria, aunque el motivo o razón del ejercicio de esa libertad sea la menor tributación. La presencia de este motivo fiscal no es contraria a los objetivos perseguidos por esa libertad comunitaria. Por el contrario, el ordenamiento comunitario no protege el abuso o el fraude y estos aparecen cuando el ejercicio de la libertad de establecimiento responde a un montaje puramente artificial. Tal montaje surge cuando la entidad que ejerce esa libertad carece de verdadera sustancia económica en el Estado de establecimiento que ponga de manifiesto la efectividad de ese ejercicio.

4.2.4 El caso Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation

Tras las dos sentencias ya comentadas, Halifax y Cadbury-Schweppes, encontramos una tercera de la misma época, la de 13 de marzo de 2007, en el asunto Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation. Ante una nueva cuestión prejudicial procedente del Reino Unido, el TJUE reitera su doctrina pero añade algunos matices de especial relevancia. El primero procede de la propia índole del caso, pues éste se refiere a la aplicación de la norma británica de subcapitalización, respecto del tratamiento de los intereses abonados a una sociedad residente en otro Estado miembro, con el precedente que suponía la sentencia de 12 de diciembre de 2002, caso Likhori-Hohorst (C-324/00), el alcance de cuya doctrina el Tribunal de Justicia va a recortar ahora. En aquella sentencia, el TJUE había considerado dicha norma sobre subcapitalización simplemente contraria a las libertades fundamentales, bien de establecimiento o bien de libre circulación de capitales. Ahora, el Tribunal va a matizar ese rechazo considerando que esa norma será incompatible con el ordenamiento comunitario, salvo que esté justificada por el objetivo de combatir la evasión fiscal a través de montajes puramente artificiales.

En segundo lugar, esta sentencia destaca porque comprende un nuevo enfoque de la propia noción de montaje puramente artificial. Si en el caso Cadbury Schweppes el artificio surge de la falta de sustancia económica, ahora se pone en conexión con un texto al que el TJUE acude con frecuencia, como es el Modelo de Convenio de la OCDE. De esta manera, la sentencia utiliza los criterios del artículo 9º del MCOCDE, para entender que será un montaje artificial el que no responda a las condiciones de mercado previstas en dicho precepto. En consecuencia, de acuerdo con el apartado 80 de la Sentencia, *<<[u]na legislación de un Estado miembro puede estar justificada por motivos relativos a la lucha contra las prácticas abusivas cuando establece que los intereses abonados por una filial residente a una sociedad matriz no residente se calificarán como beneficios distribuidos únicamente si superan, y en la medida en que lo hagan, lo que dichas sociedades habrían acordado en condiciones de libre competencia, a saber, condiciones comerciales sobre las que tales sociedades habrían podido ponerse de acuerdo si no hubieran pertenecido al mismo grupo de sociedades>>*.

Por ello, como se dice en el apartado 92 y en el fallo de la sentencia, para que una norma de subcapitalización, que trata como beneficios distribuidos determinados intereses pagados a una entidad vinculada no residente, sea compatible con el Derecho comunitario es necesario, por un lado, que dicha norma se base en un examen de elementos objetivos y verificables que permiten identificar la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales, dando al contribuyente la posibilidad de presentar, en su caso, y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la transacción de que se

trata. Y, por otro lado, demostrada la existencia de tal montaje, la referida legislación debe calificar dichos intereses como beneficios distribuidos sólo en la medida en que superen lo que se habría acordado en condiciones de libre competencia.

Finalmente, la Sentencia en el caso *Test Claimant in the Thin Cap Group Litigation*, incorpora una limitación importante desde la perspectiva no de las normas antielusión pero sí de la invocación de las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado, cuando la libertad invocada es la libertad de establecimiento. En concreto, el Tribunal de Justicia entiende que esta libertad únicamente puede ser invocada por los nacionales de los Estados miembros. En consecuencia, no son de aplicación las consecuencias de la doctrina construida por el Tribunal cuando un residente obtiene un préstamo de una sociedad residente en un tercer Estado o residente en un Estado miembro, si esta entidad prestamista forma parte del mismo grupo de sociedades de la entidad prestataria y ambas están controladas, directa o indirectamente, por una sociedad vinculada que reside en un tercer Estado.

4.2.5 Otras sentencias relevantes del TJUE antes de *Weald Leasing* y *RBS*

Tras estas tres sentencias decisivas, el TJUE fue completando su doctrina desde varias perspectivas. Por lo tanto, a continuación, vamos a exponer distintas sentencias del TJUE puntualmente relevantes, antes de llegar a los dos casos nuevamente decisivos como son los resueltos en las dos Sentencias del TJUE de 22 de diciembre de 2010, en los casos *Weald Leasing Ltd.* y *RBS*. Aparte dejamos y luego analizaremos aquellas sentencias relativas a ciertos fraudes específicos del IVA.

4.2.5.1.- En primer lugar, por su directa conexión con el papel de las normas antielusión, debemos destacar las Sentencias de 7 de junio de 2007, caso Comisión contra República Helénica (C-178/05), y de 8 de noviembre de 2007, caso Firma ING. AUER (C-251/06). En ambos casos, nos encontramos ante un problema de transposición de la Directiva 69/335/CEE, sobre impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, en el punto concreto del gravamen sobre la operación societaria de traslado de domicilio. Las normas griegas y austriacas relevantes en cada caso preveían el gravamen de las entidades que trasladasen su domicilio salvo que en el Estado de origen esas entidades hubiesen estado sujetas, con diferentes matices, a un impuesto equivalente, en el momento de su constitución. El TJUE entendió que la armonización que suponía la mencionada directiva exigía la exención del traslado cuando la entidad que trasladaba su domicilio, tenía la consideración de sociedad de capital en ambos Estados involucrados. Pero, adicionalmente, el TJUE dio respuesta a la alegación formulada por varios Estados, entre ellos España, acerca de la justificación del régimen controvertido por la posible evasión fiscal que podría producirse como consecuencia de una aplicación abusiva de las disposiciones de la mencionada directiva.

Las observaciones de España venían, por otra parte, justificadas en la medida que el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley del ITP-AJD preveía también la sujeción de estos traslados si la entidad no había sido gravada en su Estado de origen por un tributo similar. Esta circunstancia, que justificaba la personación de España junto a Grecia y las observaciones de España en el caso Firma ING BAUER, dieron lugar a un procedimiento diferente contra España que finalmente desembocaría en la Sentencia de 9 de julio de 2009, caso Comisión contra el Reino de España (C-397/07) y en la modificación del citado precepto por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, para limitar el gravamen a aquellos casos en los cuales ni el domicilio ni la sede de dirección efectiva estuviesen en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

Aquel argumento relativo a la lucha contra la evasión fiscal discurría del siguiente modo. Las normas controvertidas disponían que en caso de que una sociedad trasladase su domicilio de un Estado miembro a otro, ese traslado de domicilio o de sede de dirección efectiva estaba exento del gravamen de operaciones societarias, en el segundo Estado, al que llegaba la entidad, sólo si ésta había tributado por el impuesto correspondiente en su Estado de origen, con distintas particularidades en cada caso. En suma, se exigía el impuesto a una entidad porque ésta no había tributado por un impuesto equivalente, desde la perspectiva de la Directiva 69/335/CEE, en su Estado de procedencia. Los Estados que defendían este gravamen señalaron, en defensa de su posición, que aquel estaba justificado para evitar que una entidad se constituyera en un Estado donde no hubiera tributación sobre esas operaciones, para, a continuación, trasladarse a otro Estado miembro donde hubiera debido tributar inicialmente pero no tributaría ahora, gracias a ese traslado fraudulento. De ahí, a juicio de estos Estados, la justificación de gravar el traslado siempre que no hubiera existido sujeción o tributación efectiva en el Estado de origen.

La respuesta del TJUE insiste en rechazar la validez de normas que suponen una presunción general de fraude. Una vez interpretada la directiva de modo que no permite a un Estado gravar estos traslados si el Estado de origen ha decidido declarar exentas estas operaciones, tampoco puede el primer Estado entender que estas responden siempre a un montaje fraudulento por el solo hecho de la ausencia de tributación en el segundo Estado. En palabras del Tribunal, *<<[c]omo la Directiva 69/335 armoniza de manera exhaustiva los supuestos en los que los Estados miembros pueden exigir un impuesto sobre las aportaciones y dicha Directiva no contiene ninguna disposición explícita que permita a los Estados miembros adoptar medidas generales para luchar contra la evasión fiscal, los Estados miembros únicamente pueden oponerse a la aplicación del Derecho comunitario en circunstancias especiales que constituyan una práctica abusiva o fraudulenta. En efecto, la aplicación del Derecho comunitario no puede extenderse hasta llegar a cubrir las prácticas abusivas de los operadores económicos, esto es, las operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente*

para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartado 69 y la jurisprudencia que allí se cita). Ahora bien, en el caso de autos, por una parte, la normativa sobre los traslados de domicilio de que se trata no se limita a luchar contra un abuso en un caso especial. Por otra parte, el uso de un derecho creado por el Derecho comunitario, como el establecimiento de una sociedad en otro Estado miembro o el traslado de su domicilio, no puede justificar, por sí solo, una sospecha de abuso>> (Sentencia en el caso Comisión contra República Helénica, apartado 32).

4.2.5.2.- Junto a las sentencias anteriores, encontramos algunos fallos del TJUE entre 2007 y 2010 que vuelven a tratar de la exigencia de que las normas antielusión tengan por objeto montajes puramente artificiales y lo hagan respetando el principio de proporcionalidad.

En primer lugar, encontramos la Sentencia de 5 de julio de 2007, caso Kofoed (C.321/05). El TJUE resuelve una cuestión prejudicial danesa, en relación con un canje de valores que las autoridades de Dinamarca habían considerado que no merecía la exención en el IRPF de uno de los socios. Los socios de una entidad danesa habían realizado un canje de valores con una sociedad residente en Irlanda, de forma que tras el canje cada uno de los dos socios daneses era propietario de la mitad de la sociedad irlandesa. Inmediatamente tras esta operación, la sociedad danesa repartió un dividendo a su nueva matriz irlandesa y esta repartió a su vez ese dividendo a sus socios daneses. Uno de estos socios, Kofoed, entendió que la renta puesta de manifiesto en el canje estaba exenta en su impuesto sobre la renta. La Administración danesa rechazó esta exención, por considerar que el reparto del dividendo formaba parte del canje y de esta forma se superaba el límite del 10 por 100, para una posible compensación en dinero.

En el contexto de este caso, Dinamarca alegó que con arreglo al artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434, los Estados pueden negar los beneficios a una operación de canje de valores cuando ésta tenga por objetivo o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Por lo tanto, en este punto, la controversia se suscita en relación con una norma antielusión específica, aunque formulada en términos generales, como es la norma contenida en el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. El TJUE entiende que dicha precepto de la Directiva 90/434, *<<[r]efleja el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido. Los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho comunitario de manera abusiva o fraudulenta. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a*

cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario>> (apartado 38 de la Sentencia en el caso Kofoed).

Sin embargo, y, a nuestros efectos, este es el punto más destacado de esta Sentencia, el TJUE entiende también que la aplicación de ese precepto exige una disposición nacional específica que adapte el Derecho danés al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434. El principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan, por sí mismas, crear obligaciones para los particulares. Por lo tanto, el Estado no puede invocar las directivas en cuanto tales frente a los particulares, si bien puede elegir la forma y medios de ejecutar las directivas que permitan garantizar del mejor modo el resultado que éstas persiguen. Sin embargo, la incorporación al ordenamiento nacional de una norma antielusión como la contenida en el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434, puede hacerse en un contexto jurídico general, o sea a través de las normas generales de dicho ordenamiento, *<<[d]e modo que no sea necesario reproducir las disposiciones de la directiva de manera formal y expresa en las disposiciones nacionales específicas siempre que la situación jurídica que se desprende de las medidas nacionales de adaptación del Derecho interno sea suficientemente precisa y clara para permitir que los particulares afectados conozcan la extensión de sus derechos y obligaciones>>* (apartado 44 de la Sentencia Kofoed)¹⁹⁴.

Asimismo, la exigencia comunitaria de que el Derecho nacional se aplique e interprete, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de las directivas comunitarias para conseguir el resultado perseguido por ellas, permite que un Estado haga una interpretación de su Derecho nacional a la luz de una norma antielusión contenida en una directiva.

Tras Kofoed, encontramos la Sentencia del TJUE de 11 de octubre de 2007, caso ELISA (C-451/05), completada luego por la Sentencia de 28 de octubre de 2010, caso Établissements Rimbaud SA (C-72/09). Ante una sociedad holding luxemburguesa a la que Francia negaba la exención en el impuesto sobre inmuebles de personas jurídicas no residentes, por la imposibilidad inicial de conocer la identidad de sus socios, el TJUE recuerda *<<[q]ue, según reiterada jurisprudencia, sólo cabe admitir una justificación basada en la lucha contra el fraude fiscal cuando tenga por objeto montajes puramente artificiales destinados a eludir la norma fiscal, lo que excluye toda presunción general de fraude. Por lo tanto, una presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede bastar para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los*

¹⁹⁴ Por supuesto, la postura del TJUE en el caso Kofoed, de 2007, contrasta, al menos en parte, con la sostenida más tarde por el mismo TJUE en el caso Italmoda, de 2014, en sentencia a la que haremos referencia con posterioridad.

objetivos del Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. p. I-7587, apartado 45; de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02, Rec. p. I-2229, apartado 27, y la de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, apartado 50 y jurisprudencia que allí se cita)>>.

En consecuencia, la norma francesa controvertida no respetaría el principio de proporcionalidad en la medida en la que descansa en las restricciones al intercambio de información entre Francia y Luxemburgo, restricciones, en el seno del CDI y de la Directiva 77/799, que el TJUE reconoce, pero que no desvirtúan la exigencia del ordenamiento comunitario de sustituir el rechazo de plano de la exención por la exigencia de las pruebas pertinentes, a cargo de la entidad, para la liquidación correcta del impuesto.

Sin embargo, en la posterior Sentencia de 28 de octubre de 2010, *Établissements Rimbaud*, el TJUE niega la extensión de esta doctrina para el caso de una entidad con domicilio en Liechtenstein, aunque este Estado forme parte del Espacio Económico Europeo. Por un lado, la jurisprudencia relativa a las restricciones al ejercicio de las libertades de circulación en el seno de la Unión Europea, no puede aplicarse íntegramente a los movimientos de capital entre los Estados miembros y los Estados terceros, al diferir el contexto jurídico en cada caso. Por otro lado, la doctrina recogida en la sentencia *ELISA* responde a la necesidad de evitar que las restricciones al intercambio de información redunden en perjuicio del contribuyente. Por lo tanto, tal doctrina no es aplicable cuando simplemente ese intercambio de información no existe.

Por otra parte, tras dos Sentencias que indirectamente afrontan la cuestión, como son las de 18 de julio de 2007, *caso Oy AA* (C-231/05), y de 6 de diciembre de 2007, *caso Columbus* (C-298/05)¹⁹⁵, destaca finalmente la Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2008, *Part Service Srl* (C-425/06).

En esta Sentencia, que responde a una cuestión prejudicial de la Corte Suprema de Casación italiana, se afronta un complejo negocio, caracterizado por la división de prestaciones entre dos empresas de un mismo grupo. Por un lado, una determinada empresa celebraba con sus clientes contratos por los cuales cedía el uso de un vehículo y una opción de compra del mismo, a cambio del pago de unas cuotas de arrendamiento, la constitución de un depósito de garantía por el coste del bien no cubierto por las cuotas y la prestación de una fianza ilimitada. Por otra parte, una segunda empresa del grupo celebraba con el mismo cliente otros contratos de seguro del vehículo y de financiación de las obligaciones derivadas del primer contrato. La

¹⁹⁵ En el caso *Columbus*, la cuestión de la lucha contra los montajes puramente artificiales se planteó más bien en las Conclusiones del Abogado General. Ver CAG de 29 de marzo de 2007, apartados 169 a 184.

Administración italiana entendió que este complejo comercial era único y que la división entre las dos compañías obedecía a un propósito de elusión fiscal, con el fin de reducir la contraprestación derivada del arrendamiento financiero y consiguientemente la base imponible a efectos del IVA. Los tribunales italianos dieron en principio la razón a las compañías hasta llegar a la Corte de Casación, la cual plantea esta cuestión prejudicial dirigida principalmente a obtener del TJUE un pronunciamiento sobre el significado en casos como éste de la doctrina relativa al abuso de derecho.

El Tribunal de Justicia comienza aclarando la doctrina sentada antes en Halifax, para señalar que la noción de abuso de derecho exige la presencia de una operación o serie de operaciones que tengan por finalidad esencial la búsqueda de una ventaja fiscal, sin que sea necesario que esa finalidad esencial sea la única finalidad de las operaciones. A continuación, el Tribunal recuerda *<<[q]ue la opción de un empresario entre operaciones exentas y operaciones gravadas puede basarse en un conjunto de elementos y, especialmente, de consideraciones de carácter fiscal relativas al régimen del IVA. Cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos operaciones, la Sexta Directiva no le obliga a optar por la que maximice el pago del IVA. Al contrario, el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal (sentencia Halifax y otros, antes citada, apartado 73)>>* (apartado 47 de esta Sentencia Part Service Srl.). Pero el Tribunal matiza en este caso dicho principio a la luz de su doctrina sobre la independencia de las operaciones o prestaciones a los efectos del IVA. La sentencia reproduce pues esencialmente los criterios establecidos en la Sentencia CPP, de 25 de febrero de 1999, pero, además, recoge unos indicios relevantes de la operación que deberán ser tenidos especialmente en cuenta para calificarla como abusiva. Tales indicios descansan sobre todo en las circunstancias de ser del mismo grupo las dos sociedades intervinientes y carecer de sentido económico propio o rentabilidad la operación de arrendamiento financiero aisladamente considerada.

En consecuencia, el TJUE establece, para terminar su sentencia, unos criterios interpretativos, que deben servir al órgano remitente para decidir si las operaciones señaladas constituyen o no una práctica abusiva. Estos criterios interpretativos son expuestos por el TJUE del siguiente modo, en los apartados 58 a 62 de esta Sentencia.

58 Para apreciar si tales operaciones pueden considerarse constitutivas de una práctica abusiva, el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar, primero, si el resultado que se persigue es una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria a uno o varios objetivos de la Sexta Directiva y, seguidamente, si constituyó la finalidad esencial de la solución contractual adoptada (véase el apartado 42 de la presente sentencia).

59 Por lo que se refiere al primer criterio, dicho órgano jurisdiccional puede tener en cuenta que el resultado esperado es la obtención de la ventaja fiscal derivada de la exención, en virtud del artículo 13, parte B, letras a) y d), de la Sexta Directiva, de las prestaciones encomendadas a la sociedad que contrata con la sociedad de leasing.

60 Dicho resultado resulta contrario al objetivo del artículo 11, parte A, apartado 1, de la Sexta Directiva, a saber, la imposición de la totalidad de la contraprestación obtenida o por obtener del destinatario de la prestación.

61 En efecto, puesto que el alquiler de vehículos en virtud de contratos de arrendamiento financiero constituye una prestación de servicios a efectos de los artículos 6 y 9 de la Sexta Directiva (véanse, en particular, las sentencias de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen, C-451/99, Rec. p. I-3193, apartado 19, y de 11 de septiembre de 2003, Cookies World, C-155/01, Rec. p. I-8785, apartados 44 y 45), dicha operación está normalmente sujeta al IVA, cuya base imponible debe determinarse con arreglo al artículo 11, parte A, apartado 1, de la Sexta Directiva.

62 Por lo que respecta al segundo criterio, el órgano jurisdiccional nacional, en el marco de la apreciación que le corresponde efectuar, puede tomar en consideración el carácter puramente artificial de estas operaciones, así como los vínculos de carácter jurídico, económico y/o personal entre los operadores implicados (sentencia Halifax y otros, antes citada, apartado 81), ya que tales elementos pueden mostrar que la obtención de la ventaja fiscal constituye la finalidad esencial perseguida, sin perjuicio de que, además, existan eventualmente objetivos económicos inspirados en consideraciones, por ejemplo, de marketing, de organización y de garantía.

Para terminar este bloque intermedio de la jurisprudencia comunitaria, hemos de traer a colación la Sentencia de 20 de mayo de 2010, caso Modehuis A. Zwiijnenburg BV (C-352/08). Esta sentencia ha de leerse además a la luz de las conclusiones de la Abogada General (Sra. Juliane Kokott), presentadas el 16 de julio de 2009. En este caso, nos encontramos ante la unión de dos sociedades familiares, que se lleva a cabo mediante la aportación por una de ellas a favor de la otra, de un negocio y el inmueble en el que estaba situado. Más tarde, la sociedad aportante adquiriría las acciones restantes de la sociedad que recibía la aportación y que era titular de un inmueble en el que se hallaba parte de las instalaciones del negocio. Además, esta segunda sociedad era propiedad del padre de quien era el titular de la primera de estas entidades. Las autoridades holandesas consideraron que esta fusión económica sólo pretendía evitar el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales que se habría devengado por el traspaso de padre a hijo del inmueble propiedad de

la segunda sociedad. En esta situación, la cuestión prejudicial se centra de nuevo en la interpretación de la norma antielusión específica contenida en el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434, es decir, de la directiva sobre el régimen fiscal de las fusiones y operaciones de concentración.

La Abogada General, en sus conclusiones, había realizado algunas consideraciones de interés. Por una parte, había insistido en la necesidad de interpretar el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434, respetando la libertad de configuración empresarial de las operaciones económicas. Por lo tanto, la mera circunstancia de que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, un sujeto pasivo elija, de entre varias posibilidades jurídicamente lícitas, la que le resulte fiscalmente más ventajosa, no fundamentaría por sí sola la imputación de evasión fiscal en el sentido del citado precepto de la Directiva 90/434. Por otra parte, la Abogada General había traído a colación en sus conclusiones la posibilidad de invocar la prohibición general de abuso de derecho, del que sería una manifestación particular la norma contenida en el artículo 11.1.a) de la citada Directiva.

Sin embargo, la Sentencia del TJUE tuvo finalmente un alcance más limitado desde el punto de vista de la doctrina general del abuso de derecho aunque no así en cuanto a la aplicación de la norma antielusión específica de la Directiva 90/434. El Tribunal, partiendo de su doctrina en el caso *Leur-Bloem*, recuerda que esta norma antielusión debe aplicarse en casos excepcionales, para concluir que no cabe negar la aplicación del régimen fiscal previsto en la directiva por el hecho de que la operación persiga evitar el pago de un impuesto, como el que grava las transmisiones patrimoniales, que no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la propia directiva, relativa sólo al impuesto sobre sociedades.

4.3 La doctrina posterior del TJUE

Tras las sentencias del TJUE a las que acabamos de hacer referencia, llegamos a dos sentencias nuevamente decisivas, que vienen a culminar hoy por hoy la posición del TJUE en relación con la existencia en el Derecho de la Unión de un principio general de interdicción del abuso de derecho en materia tributaria. Estas sentencias, como luego veremos, se verán completadas por otras dos posteriores que, a nuestro juicio, revisten ya una menor trascendencia.

Las dos sentencias primeramente citadas son de la misma fecha, 22 de diciembre de 2010, en los casos Weald Leasing Ltd. (C-103/09) y RBS Deutschland Holding GmbH (C-277/09). Son de destacar también las conclusiones del Abogado General, Sr. Mazák, en el primero de estos casos, presentadas el 26 de octubre de 2010.

4.3.1 El caso Weald Leasing

La Sentencia del TJUE en el caso Weald Leasing es importante porque resume o condensa muy bien la doctrina del Tribunal en esta materia, en relación, eso sí, con un tributo armonizado como el IVA y en un caso que presenta perfiles complejos. Un grupo de compañías de seguros utiliza una sociedad para la adquisición de equipos que luego son cedidos en arrendamiento financiero a otras entidades del mismo grupo. De esta manera, el grupo logra una deducción inicial de las cuotas de IVA soportadas, cuotas que no hubieran sido deducibles inicialmente si los equipos hubieran sido adquiridos directamente por una entidad de seguros, exenta pues de IVA en sus operaciones ordinarias y sin derecho a la deducción de las cuotas soportadas o con un porcentaje de prorrateo muy bajo. Ciertamente, la compañía dedicada al arrendamiento financiero a favor de otras del grupo repercutía IVA sobre el canon de arrendamiento, no siendo estas cuotas deducibles para las compañías arrendatarias. Pero esta organización empresarial permitía una deducción inicial de las cuotas soportadas en la compra de equipos y diferir la pérdida de este efecto al ritmo de la repercusión del IVA sobre las cuotas de leasing. Por añadidura, el grupo interponía una sociedad entre la arrendadora financiera y las arrendatarias. Esta sociedad, propiedad del asesor fiscal del grupo, se limitaba a arrendar y subarrendar los equipos, evitando aparentemente la aplicación de las normas británicas sobre determinación de la base imponible del IVA en operaciones entre partes vinculadas. La doctrina del Tribunal puede resumirse del siguiente modo.

En primer lugar, el Tribunal proclama, como había hecho ya con anterioridad, el derecho del contribuyente a organizar sus negocios de la forma que fiscalmente le resulte más favorable. En concreto, en el apartado 26 de la Sentencia, el Tribunal afirma que *<[l]a opción de un empresario entre operaciones exentas y operaciones gravadas puede basarse en un conjunto de elementos y, especialmente, de consideraciones de carácter fiscal relativas al régimen del IVA. Cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos operaciones, la Sexta Directiva no le obliga a optar por la que maximice el pago del IVA. Al contrario, el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal (véanse las sentencias, antes citadas, Halifax y otros, apartado 73, y Part Service, apartado 47)>>.*

En segundo lugar, el Tribunal resume muy clara y concisamente su doctrina del doble requisito para que concurra una práctica abusiva:

29 Por una parte, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes de la Sexta Directiva y de la legislación nacional por la que se adapte el Derecho interno a esta Directiva, las operaciones de que se trate deben tener como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo

perseguido por tales disposiciones (véanse las sentencias, antes citadas, Halifax y otros, apartado 74, y Part Service, apartado 42).

30 Por otra parte, de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal. En efecto, la prohibición de prácticas abusivas carece de pertinencia cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales (véanse las sentencias, antes citadas, Halifax y otros, apartado 75, y Part Service, apartado 42).

A continuación, el Tribunal, en particular, considera que no constituye una práctica abusiva la mera opción del contribuyente por instrumentar un arrendamiento financiero en lugar de adquirir directamente a terceros los equipos, aunque de esta forma consiga un escalonamiento en el pago del IVA. El Abogado General, por su parte, había añadido en sus conclusiones que no podía considerarse abusiva la utilización de una compañía cautiva para realizar una actividad de arrendamiento financiero, en la medida en la cual el grupo habría podido concertar válidamente esos arrendamientos con un tercero independiente. Por lo tanto, el elemento objetivo de la ventaja fiscal obtenida no sería contrario a los objetivos de la directiva, siempre que los términos contractuales no fuesen artificiosos como ocurriría, en particular, si el importe de los alquileres fuese anormalmente bajo y no correspondiese a realidad económica alguna.

Ahora bien, finalmente, el Tribunal se enfrenta a la cuestión del posible carácter abusivo de una tercera sociedad interpuesta. Y lo hace de forma muy matizada, a pesar de la aparente ausencia de razones económicas en esa interposición. El Tribunal se limita a confiar en el órgano nacional remitente la apreciación de ese abuso, señalando únicamente que esa sociedad pudo impedir la aplicación de las normas nacionales sobre determinación de la base imponible, aunque el carácter abusivo de esta interposición no puede resultar del hecho de que la entidad interpuesta no realice operaciones de arrendamiento financiero en sus transacciones comerciales normales. Dicho con otras palabras, el Tribunal reitera que la artificiosidad no puede resultar de la falta de habitualidad de las operaciones controvertidas, limitándose a sugerir que puede haber un abuso en esa interposición societaria dados los efectos que produce.

La doctrina del Tribunal en este punto podría entenderse en términos muy alejados de los comunes en la jurisprudencia española. Frente a la apreciación de simulación hecha por el Tribunal Supremo en sus ya citadas Sentencias de 29 de marzo de 2010 (caso Inmobiliaria de la Universidad de Navarra) o de 12 de noviembre de 2014 (caso Hospital Recoletas de Castilla y León) o por el TEAC en su Resolución de 23 de junio de 2009 (núm. de resolución 00/1931/2007), el TJUE no habla de simulación sino de una posible práctica abusiva. En consecuencia, podría pensarse que la doctrina comunitaria exigiría

acudir a instituciones como el conflicto en la aplicación de la norma tributaria e impediría el juicio de simulación tan frecuente en nuestros tribunales. Sin embargo, frente a la claridad de la doctrina comunitaria en cuanto a la libertad de organización de los operadores económicos para realizar sus operaciones, la referencia estricta a la doctrina del abuso de derecho o a la existencia de una práctica abusiva, en las sentencias del TJUE, podría admitir una doble interpretación. Por una parte, cabría sostener que la doctrina del TJUE, al trasladar al derecho nacional la figura del abuso de derecho o de la existencia de una práctica abusiva, exige acudir al artículo 15 de la LGT y a la institución propia del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Por otra parte, podría entenderse que el TJUE se limita a construir una doctrina unitaria, válida en todos los Estados miembros y de especial relevancia en el terreno de los tributos armonizados. Esta doctrina es formulada por el Tribunal en términos amplios que permiten su traslación a un ordenamiento nacional atendiendo a las instituciones propias de éste en cada caso. En el caso del ordenamiento tributario español, de aceptarse esta tesis, la simulación podría ser una de las técnicas de reacción en el caso de que concurriesen las características de una práctica abusiva en la doctrina comunitaria, siempre que se respete el principio establecido por el Tribunal, conforme al cual esa reacción ha de reestablecer precisamente la situación que hubiera existido de no aparecer esa práctica abusiva¹⁹⁶.

Sobre este último aspecto, el Tribunal en esta sentencia reitera la doctrina y los términos recogidos en Halifax. En concreto, como había dicho en el apartado 94 de la Sentencia en el caso Halifax, el Tribunal reitera que en caso de apreciar la existencia de una práctica abusiva las autoridades nacionales deben redefinir las operaciones controvertidas, para restablecer la situación que habría existido de no mediar esa práctica. Esta redefinición no debe ir más allá de lo necesario para asegurar la exacta percepción del IVA y evitar el fraude. Estos términos ciertamente recuerdan los propios de las técnicas nacionales de recalificación o conflicto, pero tampoco parecen incompatibles con la figura de la simulación en nuestro Derecho siempre que se interprete en este sentido lo que dispone el artículo 16 de la LGT al referirse a los actos o negocios realmente realizados.

4.3.2 El caso RBS

La segunda sentencia dictada ese mismo día 22 de diciembre es la que se produce en el caso RBS, de nuevo en el terreno del IVA y de las operaciones de arrendamiento financiero. En este supuesto, una sociedad bancaria y de leasing parece aprovechar la deficiente armonización de las normas británicas

¹⁹⁶ El Tribunal Supremo español se enfrenta a esta disyuntiva en su citada sentencia de 12 de noviembre de 2014 o, más bien, lo hace el voto particular que acompaña a esta sentencia recaída en el caso Hospital Recoletas de Castilla y León.

y alemanas de IVA para obtener una no sujeción en ambos Estados de determinadas operaciones. En concreto, esta entidad establecida únicamente en Alemania realiza operaciones de arrendamiento financiero en el Reino Unido. Tales operaciones serían prestaciones de servicios realizadas en Alemania, de acuerdo con el derecho británico. En cambio, para el derecho alemán, serían entregas de bienes realizadas en Gran Bretaña. En consecuencia, estas operaciones no habrían estado sujetas a tributación en ninguno de los dos Estados. RBS Deutschland Holdings, como entidad no establecida, solicitó de las autoridades británicas la devolución del IVA soportado en el Reino Unido por la adquisición de los vehículos objeto luego del arrendamiento financiero. Dichas autoridades negaron la devolución solicitada alegando que las operaciones consiguientes no habían tributado en Alemania, país donde la entidad estaba establecida. Y este es el problema que llega al Tribunal, un problema hoy solucionado en el Derecho de la Unión según las reglas vigentes de localización de las operaciones sujetas al impuesto.

A nuestros efectos, la sentencia en el caso RBS reviste interés en la medida en que refuerza o enfatiza las conclusiones de la sentencia anterior en el caso Weald Leasing, conclusiones a su vez procedentes de otras decisiones anteriores del Tribunal. El Tribunal, antes de nada, considera que la falta de sujeción o tributación efectiva de las operaciones por una deficiencia imputable al sistema común de IVA, no puede justificar la negativa de un Estado miembro a devolver las cuotas soportadas en su territorio por una entidad no establecida. A continuación, el Tribunal se enfrenta a la cuestión recurrente de la posible existencia de una práctica abusiva y, al respecto, el Tribunal hace dos manifestaciones importantes.

En primer lugar, el TJUE, en el apartado 49 de la Sentencia, reitera escuetamente su definición de práctica abusiva y al hacerlo pone especialmente de manifiesto el doble componente, objetivo y subjetivo, de cada uno de los requisitos exigidos:

49 El Tribunal de Justicia, en los apartados 74 y 75 de la sentencia Halifax y otros, antes citada, declaró, en particular, que la comprobación de una práctica abusiva en materia de IVA supone, por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes de la Directiva y de la legislación nacional por la que se adapte el Derecho interno a esta Directiva, las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por las disposiciones aplicables de la Directiva y, por otra parte, que de un conjunto de elementos objetivos resulta que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate se limita a la obtención de dicha ventaja fiscal.

En segundo lugar, el Tribunal, en el apartado 53 siguiente de la Sentencia reitera su reconocimiento de la economía de opción como derecho a la organización más eficiente de las operaciones económicas. Pero, si cabe, con unos términos aún más contundentes:

53 Debe añadirse que generalmente los sujetos pasivos son libres de elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiados para sus actividades económicas, también a efectos de limitar sus cargas fiscales.

4.3.3 Los casos Tanoarch y Newey

Tras estas dos sentencias de 22 de diciembre de 2010, el TJUE ha dictado aún dos sentencias relevantes desde la perspectiva de la aplicación de las normas antielusión.

En primer lugar, encontramos la Sentencia de 27 de octubre de 2011, en el caso Tanoarch s.r.o. (asunto C-504/10). De nuevo estamos en un caso de IVA que surge como consecuencia de la cesión parcial de un derecho de propiedad industrial entre dos sociedades de Eslovaquia, lo que permite a la entidad cesionaria deducir un IVA, que sin embargo la entidad cedente no había ingresado. En este contexto, el órgano remitente de la cuestión prejudicial pregunta si cabe entender que ha existido un ejercicio abusivo del derecho a deducir el IVA. El TJUE responde de la única forma posible señalando que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si existe o no ese abuso de derecho. Pero, al mismo tiempo, y de ahí el relativo interés de la sentencia, el TJUE, en los apartados 51 a 53 de la Sentencia, por un lado, reproduce de nuevo los tantas veces citados apartados 74 y 75 de la Sentencia Halifax y, por otro, da unas pautas al tribunal remitente acerca de qué indicios son relevantes para apreciar la existencia de una práctica abusiva. Así, el apartado 53 de la Sentencia Tanoarch dice lo siguiente:

53 En cuanto al litigio principal, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar todas las circunstancias pertinentes en el mismo para determinar si, a efectos del IVA y a la luz de la jurisprudencia mencionada anteriormente, una transacción como la controvertida en el litigio principal puede considerarse constitutiva de una práctica abusiva. Tales circunstancias se caracterizan fundamentalmente porque la invención de que se trata no ha dado lugar aún al registro de una patente; el derecho derivado de dicha invención pertenece a varias personas, la mayor parte de ellas establecidas en la misma dirección y representadas por la misma persona física; no se ha ingresado el IVA soportado, y la sociedad que ha cedido la parte en la cotitularidad fue disuelta sin liquidación.

Siguiendo esta cuestionable práctica del TJUE, éste parece sugerir al órgano judicial remitente que nos hallamos ante una práctica abusiva, a pesar de responder que corresponde a aquél apreciar esa circunstancia. Y, al hacerlo, de nuevo, el TJUE parece englobar en ese concepto de práctica abusiva negocios que en el caso del ordenamiento español supondrían mejor un caso de simulación.

Tras la sentencia en el caso Tanoarch, encontramos la dictada por el TJUE el 20 de junio de 2013, caso Newey u Ocean Finance (asunto C-653/11). Lo más destacado de la sentencia es de nuevo el caso en el que recae. Una vez más se trata de un caso de IVA. El Sr. Paul Newey prestaba servicios de corretaje de préstamos establecido en el Reino Unido, por lo que sus operaciones estaban exentas de IVA sin posibilidad de deducir el IVA soportado por ciertos servicios recibidos, particularmente servicios de publicidad. Con objeto de evitar esta carga tributaria (apartado 18 de la sentencia), el Sr. Newey constituyó una sociedad en Jersey, territorio en el que no se aplica la directiva de IVA, sociedad de la que el Sr. Newey era el único accionista. No obstante, la entidad de Jersey tenía al menos un empleado y contaba con su propio equipo directivo, aunque estas eran personas residentes en Jersey sin experiencia en materia financiera. En realidad, aunque las operaciones se realizaban a través de Jersey, los clientes se ponían en contacto con los empleados del Sr. Newey en el Reino Unido, quienes enviaban a la entidad de Jersey las solicitudes que debían ser aprobadas por reunir los requisitos para la concesión del préstamo. La Administración tributaria entendió que los servicios de publicidad se prestaban en realidad en el Reino Unido y no en Jersey o que, subsidiariamente, los acuerdos concluidos eran contrarios al principio de prohibición del abuso de derecho en los términos en los que este principio había sido expuesto en la Sentencia del TJUE en el caso Halifax. Sin embargo, el FTT británico (*First Tier Tribunal; Tax Chamber*) estimó el recurso del contribuyente, dando lugar a un recurso de la Administración británica ante el *Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber)*, órgano jurisdiccional que planea la cuestión prejudicial que nos ocupa.

En su Sentencia, el TJUE se enfrenta sobre todo a la cuestión de la prevalencia del fondo sobre la forma en un conjunto de negocios, en la medida en la cual ésta había sido realmente la cuestión remitida al TJUE por el órgano jurisdiccional del Reino Unido, muy influido sin duda por el enfoque de esta cuestión en el Derecho anglosajón. El TJUE obviamente responde que las estipulaciones contractuales van a reflejar normalmente la realidad económica de las operaciones, pero que si en un caso concreto no concurre esa coincidencia debería prevalecer la realidad económica y mercantil y así sucedería en particular cuando esas estipulaciones contractuales constituyen un montaje puramente artificial. A la vista de las circunstancias concretas del caso remitido, el TJUE sigue como tantas otras veces esa técnica ambigua sobre la apreciación de las cuestiones de hecho, que le lleva a confiar ese

juicio al tribunal remitente pero dando ciertas indicaciones de incierto valor. De esta manera, el TJUE afirma que corresponde al tribunal remitente hacer un análisis global de las circunstancias del litigio principal y comprobar si las estipulaciones contractuales reflejan verdaderamente la realidad económica. Si esa comprobación condujera a la conclusión de que era el contribuyente residente en el Reino Unido el verdadero destinatario de los servicios de publicidad, las estipulaciones contractuales deberían reformularse para restablecer la situación que habría existido de no haberse realizado las operaciones que constituyen una práctica abusiva. En concreto, el contrato de servicios y los acuerdos publicitarios concluidos por la entidad de Jersey serían ineficaces y la Administración tributaria podría considerar válidamente que el Sr. Newey era quien prestaba realmente los servicios de corretaje de préstamos y quien recibía los servicios de publicidad.

4.3.4 Otras sentencias posteriores relevantes del TJUE

Para terminar esta exposición de la doctrina del TJUE, citaremos tres últimas sentencias, que realizan ciertas aportaciones puntuales de interés.

En primer lugar, encontramos la Sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2015 (asunto C-662/13), en el caso Surgicare. En una cuestión prejudicial portuguesa, el TJUE entiende, frente al criterio implícito en la cuestión remitida, que el Derecho de la Unión no se opone a una norma nacional que sujeta a una procedimiento especial la aplicación de la norma antielusión general recogida en ese ordenamiento nacional. Aun en el caso del IVA, como tributo armonizado, ese procedimiento especial, siempre que sea respetuoso con el principio de equivalencia, no resulta contrario al principio general de lucha contra el fraude fiscal, en particular en materia de IVA, especialmente si tenemos en cuenta los derechos derivados del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, encontramos la última de las sentencias del TJUE sobre el abuso de derecho en materia fiscal. Se trata del caso WebMindLicences, Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (C-419/14). La sentencia reviste mayor interés en terrenos distintos del abuso de derecho, como en relación con la relevancia de ciertos derechos fundamentales en los procedimientos de inspección desde la perspectiva de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en cuanto al derecho del contribuyente a instar la aplicación de los instrumentos de cooperación administrativa entre los Estados Miembros¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Ver apartados 55 a 59 de la Sentencia sobre esta interpretación de las normas sobre cooperación administrativa contenidas en el Reglamento 904/2010, del Consejo, de 7 de diciembre, en materia de cooperación administrativa en el ámbito del IVA.

Por lo que atañe a la noción de abuso de derecho o de prácticas abusivas en materia tributaria, la Sentencia en el caso WebMindLicences reitera la doctrina ya conocida¹⁹⁸, sobre la prohibición de montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, efectuados con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal¹⁹⁹. No obstante, la sentencia reviste interés porque el Tribunal se enfrenta al caso de una entidad húngara que había transmitido determinado know-how a otra entidad con residencia fiscal en Madeira. La Administración tributaria húngara cuestionó la realidad de esa transmisión a efectos del IVA y del lugar de la prestación de los servicios electrónicos. Pues bien, ante una aparente planificación fiscal, con implicaciones no sólo ni principalmente a efectos del IVA, el Tribunal reacciona usando la misma doctrina del abuso de derecho y señalando al tribunal remitente que la existencia de un montaje de este tipo ha de quedar acreditada, *<<[a]veriguando, en particular, si la implantación de la sede de la actividad económica o del establecimiento permanente de Lalib en Madeira no era real o si esa sociedad no poseía una estructura adecuada para ejercer la actividad económica de que se trata en lo que a locales y medios humanos y técnicos se refiere, o si dicha sociedad no ejercía esa actividad económica en su propio nombre, bajo su propia responsabilidad y por su cuenta y riesgo>>*. Sin embargo, para el Tribunal *<<[e]l hecho de que el administrador y accionista único de WML fuera el creador del know-how de WML, de que esa misma persona ejerciera una influencia o un control en el desarrollo y la explotación de dicho know-how y la prestación de servicios basados en éste, y de que la gestión de las operaciones financieras, el personal y los medios técnicos necesarios para la prestación de dichos servicios fuera llevada a cabo por subcontratistas, al igual que las razones que puedan haber llevado a WML a transferir a Lalib el know-how de que se trata en lugar de explotarlo ella misma, no se revelan decisivos en sí mismos>>*. Es decir, el Tribunal en la Sentencia WebMindLicences hace una valoración de la prueba que parece ajena a la propia función del Tribunal en

¹⁹⁸ Destaca la contundencia del TJUE al proclamar el derecho del contribuyente a optar por el mejor régimen fiscal. Además, el TJUE vincula este punto con la debatida cuestión de la finalidad esencial del negocio, recordando que el Tribunal ya ha declarado que cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos operaciones, no está obligado a optar por la que maximice el pago del IVA, sino que, por el contrario, tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal. Por lo tanto, generalmente los sujetos pasivos tienen libertad para elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiados para sus actividades económicas y para limitar sus cargas fiscales.

¹⁹⁹ Apartado 34 de la Sentencia WebMindLicences, con referencia a las Sentencias Halifax y Part Services. Conviene recordar que el Tribunal acepta que la Administración húngara había soportado su actuación en circunstancias tales como que el administrador y accionista único de la sociedad otorgante de la licencia era el creador del know-how, que esa misma persona ejercía una influencia o un control en el desarrollo y la explotación de dicho know-how y la prestación de servicios basados en éste y que la gestión de las operaciones financieras, el personal y los medios técnicos necesarios para la prestación de esos servicios era llevada a cabo por subcontratistas.

una cuestión prejudicial, para terminar situando los montajes puramente artificiales en el terreno de la pura simulación de las operaciones²⁰⁰.

Por último, citaremos una sentencia anterior y no propiamente fiscal. La Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2014, en el caso SICES (asunto C-153/13), aborda una cuestión semejante a la planteada en la Sentencia de 14 de diciembre de 2000 Emsland-Stärke GmbH. De nuevo, como en Emsland-Stärke, nos encontramos con una operación comercial internacional y ahora con un problema de cupos aduaneros en relación con la importación de ajos procedentes de China. Un operador económico italiano había adquirido esta mercancía de otro operador asimismo italiano, dándose la circunstancia de que el primero había agotado el cupo de importación de ajos de origen chino con exención de un derecho específico y el segundo podía aún realizar tales importaciones con esa exención por no haber agotado dicho cupo. La Administración aduanera italiana entendió que esa transmisión eludía el pago de los derechos específicos en la medida en la cual el primer importador había adquirido la mercancía en origen, para transmitirla luego al segundo antes de la importación, revendiendo éste último la mercancía al primero con posterioridad. En este contexto, el Tribunal asume que podríamos estar ante una práctica abusiva y que se trata de decidir si era conforme con el Derecho de la Unión ese despacho a libre práctica por un operador titular de certificados de importación cuando el verdadero importador económico era otro por las ventas de la mercancía anteriores y posteriores a la importación.

La Sentencia SICES reitera el análisis de los elementos objetivo y subjetivo de una práctica abusiva para concluir que esa cadena de transmisiones no constituirá una práctica abusiva si tiene una justificación económica distinta del mero aprovechamiento de los cupos de importación con exención de esos derechos específicos. Más aun, el Tribunal señala que la existencia o no de un riesgo comercial en el importador aparente o de un beneficio insignificante para él, pueden ser indicios del carácter artificial de las transacciones. Por el contrario, no podría considerarse a priori que dichas operaciones carezcan de justificación económica y comercial para estos operadores por la mera circunstancia de que tales operaciones vinieran motivadas por la voluntad del comprador de beneficiarse del arancel preferencial y aunque los importadores en cuestión tuvieran conciencia de ello, siempre que existieran esos otros motivos económicos que justificasen la operación²⁰¹.

²⁰⁰ Otra Sentencia en materia de IVA que reproduce la doctrina tradicional sobre abuso de derecho es la de 3 de septiembre de 2014, caso GMAC UK (C-589/12). En una discutible decisión, el TJUE recuerda simplemente esta doctrina para excluir que impida el efecto directo de la Sexta Directiva habilitando a un contribuyente para aprovechar las consecuencias favorables de una norma nacional y el efecto directo de la directiva aunque el efecto combinado de ambas normas de lugar a un cierto beneficio inesperado.

²⁰¹ La doctrina sentada en la Sentencia SICES se reitera en dos sentencias posteriores del TJUE: sentencias de 9 de julio de 2015, caso Cimmino y otros (C-607/13) y de 14 de abril de 2016, caso Cervati

4.4 La doctrina del TJUE específicamente referida a la lucha contra ciertos fraudes en la aplicación del IVA

4.4.1 Introducción

La doctrina expuesta en los apartados anteriores sobre el concepto de abuso de derecho frente a ciertas prácticas abusivas en materia tributaria ha de diferenciarse de otra doctrina del Tribunal referida específicamente a ciertos fraudes en el IVA y más comúnmente en el ámbito de las operaciones intracomunitarias, en particular el llamado fraude carrusel. Podríamos pensar que el campo de aplicación de cada una de estas doctrinas es claramente diferente, pues la referida al IVA trataría de contrarrestar no ya prácticas abusivas de elusión fiscal sino puros fraudes fiscales. Sin embargo, la frontera no es tan nítida y lo relevante es que en estas otras sentencias sobre fraudes en el IVA el Tribunal no descansa en el concepto de abuso de derecho comunitario, sino en una noción de proporcionalidad que resultaría predicable de cualquier norma antielusión. Por supuesto, estas sentencias del TJUE se encuentran muy influidas, sobre todo en su evolución, por la preocupación existente en relación con ciertas formas de fraude organizado en IVA,

y Malvi (C-131/14), ambas derivadas de cuestiones prejudiciales planteadas por la *Corte suprema di cassazione* italiana. Especialmente, los apartados 32 a 34 de la sentencia Cervati y Malvi reiteran la doctrina general del TJUE sobre la noción de abuso de derecho con referencia a los apartados 68 y 69 de la Sentencia Halifax y los apartados 29 y 30 de la Sentencia SICES.

Siguiendo una práctica frecuente, el TJUE valora los indicios de cada caso aunque confía en el órgano remitente la decisión definitiva a la vista de todos los antecedentes del caso. No obstante, en la segunda de estas dos sentencias da especial relieve a la finalidad perseguida por el Reglamento comunitario de aplicación (Reglamento 565/2002, de la Comisión, de 2 de abril de 2002), para inclinarse por admitir la validez de las operaciones salvo que pudiese probarse que suponían una práctica abusiva.

Esta doctrina general sobre el abuso de derecho se reitera y resume en la Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016, en el caso Kratzer (C-423/15). El TJUE, en los apartados 37 a 43 de la Sentencia Kratzer, recuerda una vez más que, según la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, los justiciables no pueden prevalerse de las normas de la Unión Europea de forma abusiva o fraudulenta, con remisión a la sentencia SICES. Esa práctica abusiva exige que concurren un elemento objetivo y un elemento subjetivo. Por un lado, en lo que atañe al elemento objetivo, es necesario que concurren una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de haberse respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el fin perseguido por dicha normativa. Por otro lado, se requiere un elemento subjetivo, en el sentido de que de un conjunto de datos objetivos debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trata consiste en obtener una ventaja indebida. En efecto, la prohibición de prácticas abusivas carece de pertinencia cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de una ventaja. La existencia de este segundo elemento, vinculado a la intención de los operadores, puede acreditarse, por ejemplo, teniendo en cuenta el carácter puramente artificial de las operaciones de que se trate. A este respecto, el tribunal nacional en el caso de esta sentencia recibe el encargo de determinar si, pese al respeto formal de los requisitos establecidos por las Directivas 2000/78 y 2006/54, relativas a la igualdad en el trabajo, el Sr. Kratzer actuó abusivamente en la medida en la cual presentó artificialmente su candidatura a un empleo con la finalidad esencial no de ocupar efectivamente dicho empleo, sino de prevalerse de la protección ofrecida por tales Directivas para obtener una ventaja indebida al reclamar el pago de una indemnización por discriminación.

especialmente cuando conciernen a las operaciones intracomunitarias. Por lo tanto, estas sentencias construyen una doctrina inspirada por el objetivo de prevenir fraudes como los denominados fraude carrusel o fraude del operador desaparecido.

4.4.2 Los casos Optigen, Federation of Technological Industries y Axel Kittel y Recolta

Las tres primeras Sentencias del TJUE²⁰² en este terreno son las dictadas el 12 de enero de 2006, Optigen (C-354/03, C-355/03 y C-484/03); el 11 de mayo de 2006, Federation of Technological Industries (C-384/04); y, por último, el 6 de julio de 2006, Axel Kittel y Recolta (C-439/04).

En estas sentencias se construye otra idea central en la jurisprudencia del TJUE, como es la relativa a la responsabilidad de quien sabía o razonablemente debería haber sabido su participación en un fraude en el IVA. En el caso Federation of Technological Industries, el TJUE respalda con esta concepción de la culpabilidad la posible responsabilidad solidaria de quien no ha obrado con ese estándar de diligencia, siempre que se respeten los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica. En el caso Axel Kittel y Recolta, el TJUE admite que la Administración tributaria rechace las deducciones practicadas por quien sabía o debía haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una cadena de operaciones que formaban parte de un fraude en el IVA (apartados 52 a 61 de esta Sentencia del TJUE).

En el apartado 54 de la Sentencia Recolta se pone de manifiesto esta relación entre las dos líneas de doctrina cuando el Tribunal señala que la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Directiva de armonización del IVA. Los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta, añade el Tribunal remitiéndose a las Sentencias en los casos Gameente y Kefalas, entre otras. No obstante, lo decisivo en este caso es la construcción del concepto de participación en el fraude que resulta de los apartados 56 y 57 de la Sentencia Recolta, cuando el Tribunal establece que un sujeto pasivo que sabía o debía haber sabido que participaba en una operación que formaba parte de un fraude en el IVA, debe ser considerado participante en dicho fraude, con independencia de si obtiene o no un beneficio de la reventa de los bienes. En tal situación, el sujeto pasivo colabora con los autores del fraude y se convierte en cómplice.

²⁰² Un precedente anterior, sobre la pura relevancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas contra el fraude fiscal en el IVA, sería la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 1997, en el caso Garage Molenheide (asuntos acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96).

4.4.3 Los Casos Teleos, Albert Collée y Twoh International BV

Más tarde destacan las tres Sentencias del Tribunal dictadas el día 27 de septiembre de 2007, casos Teleos, Albert Collée y Twoh International BV (asuntos C-409/04, C-146/05 y C-184/05). En estas sentencias cambia en cierto modo la perspectiva pues el TJUE se enfrenta a operaciones intracomunitarias, tratando aún sobre todo de mantener un equilibrio entre los riesgos de fraude y la seguridad jurídica de los operadores económicos. Así, en la primera de estas sentencias, el TJUE considera desproporcionada una norma británica conforme a la cual, justificada documentalmente la salida de la mercancía en una serie de entregas intracomunitarias, el proveedor puede ser responsable aún de una aplicación indebida de la exención si el adquirente lleva a cabo un fraude sin participación del proveedor, sin que esas mercancías lleguen a abandonar el territorio de ese Estado. A juicio del TJUE, este sistema sería contrario a la seguridad jurídica, si el proveedor ni tenía ni había podido tener conocimiento del fraude. El reparto del riesgo entre el proveedor y la Administración tributaria ha de tener en cuenta el principio de proporcionalidad, haciendo en este caso responsable únicamente al adquirente del impuesto eludido o defraudado. Esta sentencia, en el caso Teleos, enlaza pues con la doctrina del Tribunal recogida en las sentencias ya citadas relativas a los casos Federation of Technological Industries y Axel Kittel y Recolta, en las cuales el Tribunal insiste en la relevancia del test de conocimiento o deber de haber conocido el fraude como única justificación de cualquier responsabilidad de terceros que no han sido directamente autores de ese fraude.

En el caso Albert Collée, el TJUE se enfrenta a un asunto más próximo al terreno que nos interesa de las normas generales antielusión, si bien para resolverlo sólo desde la perspectiva del tratamiento de las operaciones intracomunitarias en el IVA. En concreto, un comerciante alemán había vendido vehículos a un concesionario belga. Como aquel no estaba mercantilmente autorizado a vender fuera de su territorio como concesionario de una tercera empresa, realizó una venta ficticia a un intermediario alemán que se limitó a recibir una comisión y remitir formalmente a su nombre la correspondiente factura al comerciante belga. Las autoridades alemanas negaron a la operación el tratamiento propio de una entrega intracomunitaria, en la medida en la cual la supuesta entrega, la realizada por el intermediario alemán, era una operación ficticia o, en términos españoles, un negocio simulado. La verdadera entrega intracomunitaria, que había existido, entre los concesionarios alemán y belga, no reunía los requisitos formales exigibles para beneficiarse de la exención.

Sin embargo, el TJUE, por un lado, hace prevalecer la verdad material de la existencia de la entrega intracomunitaria. Aunque sólo tras las comprobaciones de la Administración tributaria, el concesionario alemán rehízo tardíamente sus registros y aceptó los términos reales de la transacción, el TJUE entiende que la realidad de la operación no puede desconocerse por la tardanza en aportar

las pruebas correspondientes. Por otro lado, el carácter ficticio de la transacción intermedia no debe evitar por sí solo el tratamiento correcto de la entrega intracomunitaria, en la medida que se acredite que ese negocio simulado no se realizó para ocultar una operación intracomunitaria o supuso una ventaja fiscal²⁰³.

La doctrina de las sentencias anteriores se reitera y ordena en la Sentencia de 21 de febrero de 2008, caso Netto Supermarkt (C-271/06). El Tribunal insiste en el estándar del ordenado comerciante más allá del cual el proveedor en una operación intracomunitaria no puede correr el riesgo de ver como se niega la exención de la operación como consecuencia de un fraude que no pudo prevenir.

4.4.4 El caso Italmoda

Tras estas sentencias, la evolución más reciente de la jurisprudencia del TJUE en este campo viene representada sobre todo por dos Sentencias, las de 7 de diciembre de 2010, caso R (C-285/09), y de 18 de diciembre de 2014, caso Italmoda (C-131/13, C-163/13 y C-164/13)²⁰⁴.

²⁰³ La sentencia en el caso Twoh International BV nada añade en este terreno aunque tiene importancia en la medida en la cual niega que la normativa comunitaria sobre asistencia mutua o cooperación administrativa atribuya a los particulares el derecho a exigir que un Estado acuda a ese intercambio de información para proporcionar así las pruebas demandadas por la parte que insta esa utilización del ordenamiento de la Unión Europea.

²⁰⁴ Junto a estas dos sentencias destacadas figuran otras del TJUE, como son las de 21 de junio de 2012, caso Mahagében Kft. y Dávid (C-80/11 y C-142/11); 6 de septiembre de 2012, caso Mecsek-Gabona Kft. (C-273/11); 6 de diciembre de 2012, caso Bonik (C-285/11); 31 de enero de 2013, caso LVK (C-643/11); 8 de mayo de 2013, caso Petroma (C-271/12); y 11 de diciembre de 2014, caso Idexx Laboratories (C-590/13). Antes, el TJUE había recogido a efectos de la gestión del IVA el principio de prohibición del abuso de derecho en sentencias tales como la de 22 de mayo de 2008, caso Ampliscientifica y Amplifin SpA (C-162/07) y la de 12 de julio de 2012, caso J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard BV (C-326/11). En realidad, en estas sentencias el TJUE utiliza la referencia a la prohibición del abuso de derecho como una cláusula de estilo, en supuestos en los que se enjuician operaciones aparentemente no artificiosas pero respecto de las cuales el TJUE introduce la salvedad de que tanto la norma nacional controvertida como la propia doctrina del Tribunal han de interpretarse o entenderse salvando ese principio general de la prohibición del abuso de derecho. Así, en los apartados 27 a 29 de la Sentencia Ampliscientifica y Amplifin se nos dice lo siguiente:

27. [...]que por lo que atañe al principio de prohibición del abuso de derecho, debe recordarse que pretende, en particular en el ámbito del IVA, que el Derecho comunitario no pueda extenderse hasta llegar a cubrir las prácticas abusivas de los operadores económicos, esto es, las operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario (sentencia de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartados 69 y 70).

28 De esta forma, dicho principio lleva a prohibir los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, apartado 55).

El primero de estos casos representa posiblemente un cambio en la postura del TJUE dando mayor relevancia al objetivo de evitar el fraude en el IVA sobre el mantenimiento de la neutralidad del impuesto y la seguridad jurídica. En consecuencia, atendiendo a un pretendido efecto disuasorio, el TJUE admite que el Estado de origen niegue la exención de la operación intracomunitaria para evitar una ausencia de tributación. Así en el apartado 52 de esta sentencia en el caso R, el TJUE señala que *<<[e]n casos específicos en los que existan razones fundadas para suponer que la adquisición intracomunitaria correspondiente a la entrega de que se trate podría eludir el pago del IVA en el Estado miembro de destino, y ello pese a la asistencia mutua y a la cooperación administrativa entre las autoridades tributarias de los Estados miembros afectados, el Estado miembro de partida está obligado, en principio, a denegar la exención al proveedor de bienes y a obligarle a pagar el impuesto a posteriori para evitar que la operación de que se trate eluda todo tipo de tributación>>*.

Esta evolución se consagra en la Sentencia del TJUE relativa al caso *Italmoda*. El TJUE admite claramente la ruptura del principio de neutralidad del IVA ante un caso de fraude. Y desde el punto de vista concreto de la aplicación de las normas antielusión, esta sentencia destaca por la trascendencia que otorga a la lucha contra el fraude para justificar el efecto directo de ciertos principios del ordenamiento de la Unión Europea. En una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Holanda, el tribunal remitente planteaba si la Administración puede rechazar deducciones o exenciones en el IVA, ante un caso de fraude, incluso en ausencia de normas nacionales que prevean tal denegación. Y el TJUE en los apartados 53 a 61 de la sentencia justifica su respuesta positiva del siguiente modo:

53 En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si existen en Derecho neerlandés —como sugiere el Gobierno neerlandés— normas jurídicas, ya sea una disposición o un principio general, que prohíban el abuso de derecho, o bien otras disposiciones sobre el fraude o la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión en materia de lucha contra el fraude fiscal, como se recuerdan en los apartados 49 y 50 de la presente sentencia (véanse, en este sentido, las sentencias Kofoed, EU:C:2007:408, apartado 46, y Maks Pen, EU:C:2014:69, apartado 36).

54 En segundo lugar, si resultase no obstante que, en el caso de autos, el Derecho nacional no contiene tales normas que puedan interpretarse de conformidad con dichas exigencias, no cabría deducir que a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales, en circunstancias

29 Debe señalarse, además, que la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Sexta Directiva (sentencia *Halifax* y otros, antes citada, apartado 71).

como las del litigio principal, les resulta imposible cumplir dichas exigencias y, por lo tanto, denegar en caso de fraude el beneficio derivado de un derecho previsto en la Sexta Directiva.

55 En primer término, aun cuando es cierto, como ha afirmado Italmoda, que, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por lo tanto, no puede ser invocada como tal, por el Estado miembro, contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 108, y Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 46), la denegación de un derecho como consecuencia de un fraude —como en el caso de autos— no está comprendida en el ejemplo contemplado por dicha jurisprudencia.

56 Por el contrario, como se ha señalado en los apartados 43 y 46 de la presente sentencia, dicha denegación responde al principio de que nadie puede prevalecerse de forma fraudulenta o abusiva de las normas del Derecho de la Unión, no pudiendo extenderse la aplicación de éstas hasta llegar a cubrir prácticas abusivas o fraudulentas (véanse, en este sentido, las sentencias Halifax y otros, EU:C:2006:121, apartados 68 y 69, y Collée, C-146/05, EU:C:2007:549, apartado 38).

57 Por lo tanto, en la medida en que unos hechos abusivos o fraudulentos no pueden basar un derecho previsto en el ordenamiento jurídico de la Unión, la denegación de un beneficio derivado, en el caso de autos, de la Sexta Directiva no equivale a imponer una obligación al particular afectado en virtud de dicha Directiva, sino que sólo es la mera consecuencia de la constatación de que no se cumplen, en realidad, las condiciones objetivas requeridas para la obtención del beneficio buscado, establecidas en la citada Directiva por lo que se refiere a dicho derecho (véanse en este sentido, en particular, las sentencias Kittel y Recolta Recycling, EU:C:2006:446, apartado 53, y FIRIN, C-107/13, EU:C:2014:151, apartado 41).

58 Por lo tanto, se trata más bien, en este ejemplo, de la imposibilidad del sujeto pasivo de prevalecerse de un derecho previsto en la Sexta Directiva, cuyos criterios objetivos de concesión no se cumplen debido a un fraude que afecta a la operación realizada por el propio sujeto pasivo o al carácter fraudulento de una cadena de transacciones tomada en su conjunto, en la que aquél participaba, como se ha expuesto en el apartado 50 de la presente sentencia.

59 Pues bien, en tal supuesto, no cabe exigir una autorización expresa para que las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales puedan

denegar un beneficio derivado del sistema común del IVA, debiendo considerar que esta consecuencia es inherente a dicho sistema.

60 En segundo término, contrariamente a lo que ha sostenido Italmoda, un sujeto pasivo que únicamente ha creado las condiciones relativas a la obtención de un derecho participando en operaciones fraudulentas no puede evidentemente invocar los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica para oponerse a la denegación del derecho de que se trata (véanse, en este sentido, las sentencias Breitsohl, C-400/98, EU:C:2000:304, apartado 38, y Halifax y otros, EU:C:2006:121, apartado 84).

61 Por último, toda vez que la denegación de un derecho derivado del sistema común del IVA en caso de implicación del sujeto pasivo en un fraude no es sino la mera consecuencia de que no concurren los requisitos exigidos al efecto en las disposiciones pertinentes de la Sexta Directiva, dicha denegación no reviste, como señaló el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, el carácter de una pena o una sanción, en el sentido del artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, o del artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véanse, en este sentido, las sentencias Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, apartado 56; Halifax y otros, EU:C:2006:121, apartado 93, y Döhler Neuenkirchen, C-262/10, EU:C:2012:559, apartado 43)²⁰⁵.

²⁰⁵ En este mismo sentido se pronuncia el TJUE en la posterior Sentencia de 28 de julio de 2016, en el caso Astone (C-332/15). En los últimos apartados de la sentencia, apartados 58 y 59, el TJUE dice lo siguiente:

58 Por último, es preciso subrayar que una denegación del derecho a deducir en circunstancias que demuestran la existencia de un fraude fiscal por parte del sujeto pasivo que pretende disfrutar de este derecho no puede considerarse contraria al principio de neutralidad fiscal, ya que éste no puede ser válidamente invocado por un sujeto pasivo que ha participado deliberadamente en tal fraude y ha puesto en peligro el funcionamiento del sistema común del IVA (véanse, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2010, R., C-285/09, EU:C:2010:742, apartados 51 y 54, así como, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros, C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU:C:2014:2455, apartado 48).

59 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que los artículos 168, 178, 179, 193, 206, 242, 244, 250, 252 y 273 de la Directiva IVA deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a la administración tributaria denegar a un sujeto pasivo el derecho a deducir el IVA cuando se ha acreditado que éste incumplió fraudulentamente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la mayoría de las obligaciones formales que le incumbían para poder disfrutar de ese derecho.

4.5 Las prácticas abusivas en materia tributaria y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima

A pesar de esta evolución en relación con el IVA, el TJUE ha tenido ocasión también de conectar su doctrina sobre prácticas abusivas con el principio de seguridad jurídica y con el de confianza legítima como derivado de aquél. Ya en la sentencia Kofoed, que hemos tenido ocasión de mencionar, el TJUE aludía a las exigencias de la seguridad jurídica en el terreno de las normas antielusión. Pero sobre todo esta cuestión se ha suscitado en las Sentencias de 5 de julio de 2012, caso SIAT (C-318/10), y de 3 de octubre de 2013, caso Itelcar o Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda (C-282/12).

Desde luego, al analizar estas sentencias llama la atención que el TJUE aplique su estándar de seguridad jurídica en relación con normas antielusión nacionales y no en relación con las consecuencias de su propia doctrina bien sobre el abuso de derecho en materia tributaria o bien en relación con el estándar de diligencia de quien interviene en operaciones sujetas a IVA. En cualquier caso, en estas dos sentencias el TJUE parte de justificar normas nacionales que pueden restringir el ejercicio de libertades fundamentales cuando tales normas tienen como objetivo la lucha contra el fraude fiscal, puesto de manifiesto en montajes puramente artificiales, carentes de una realidad económica. Sin embargo, tales normas deben respetar el principio de proporcionalidad sin que este principio sea respetado cuando tales normas van más allá de lo necesario sin cumplir las exigencias de la seguridad jurídica, lo que sucede cuando no son claras, precisas y previsibles.

En particular, en la Sentencia Itelcar el TJUE entendió contraria a la seguridad jurídica una práctica administrativa portuguesa que restringía de facto el ámbito de aplicación de una norma sobre deducción de intereses. Para el TJUE, *<<[e]n tales circunstancias, dicha normativa no permite determinar previamente y con una precisión suficiente el ámbito de aplicación de la misma. En consecuencia, no cumple los requisitos de seguridad jurídica conforme a los cuales las normas jurídicas deben ser claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos, en particular cuando puedan entrañar consecuencias desfavorables para los individuos y las sociedades. Pues bien, una regla que no cumple los requisitos del principio de seguridad jurídica no puede considerarse proporcionada a los objetivos perseguidos (véase la sentencia SIAT, antes citada, apartados 58 y 59)>>* (apartado 44 de la Sentencia Itelcar).

4.6 Conclusiones preliminares

Tras esta exposición de la doctrina del TJUE sobre el abuso de derecho en materia tributaria, resulta imprescindible la tarea de resumir la misma y tratar de fijar el contenido de la norma antielusión de creación judicial que de ella resulta. En efecto, el TJUE ha ido construyendo una doctrina caso tras caso sin seguir necesariamente una exposición lineal, ordenada y jerarquizada de sus criterios.

Por ello, hemos de averiguar cuáles son en definitiva los criterios relevantes de la doctrina del TJUE para poder saber cuáles serían los elementos de la cláusula antielusión que con los años el TJUE ha llegado a construir a través de su jurisprudencia.

Si atendiéramos al propio Tribunal, diríamos que su doctrina se encuentra principalmente reflejada en los apartados 74 y 75 de la Sentencia Halifax de 2006, a los que el Tribunal continuamente se remite en sus sentencias posteriores. Y, en efecto, debemos asumir que en estos apartados, que ya hemos reproducido anteriormente, se encuentra en esencia esta doctrina. Sin embargo, la formulación de esta doctrina se inició años antes en los apartados 52 y 53 de la Sentencia Emsland-Stärke de 14 de diciembre de 2000, donde el Tribunal distingue mejor los elementos objetivo y subjetivo de la norma antielusión que nace con su doctrina del abuso de derecho. De un análisis combinado de ambas sentencias, surge una doctrina que, a nuestro juicio, muestra una evidente influencia de la llamada doctrina de la sustancia económica de la jurisprudencia norteamericana, doctrina que en el Derecho de la Unión Europea ya se había plasmado en la configuración de la doctrina antielusión relativa a la aplicación de la directiva sobre operaciones de reestructuración (Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, hoy Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009)²⁰⁶.

Esta influencia de la doctrina de la sustancia económica se pone en primer lugar de manifiesto en la medida en la cual el Tribunal precisamente construye su doctrina sobre la base de la distinción entre dos elementos, de carácter objetivo y subjetivo respectivamente. Conforme al primer elemento objetivo, existe una práctica abusiva cuando aun habiéndose respetado las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa. Y, por otra parte, desde la perspectiva

²⁰⁶ Como expone LYAL (2011), aunque se haya afirmado que el concepto de abuso de derecho no existe en los ordenamientos basados en el *common law*, lo cierto es que aquel concepto definido en la Sentencia Halifax obedece a la misma razón de ser presente en el principio sustancia sobre forma y en la doctrina Ramsay en el Reino Unido. Por esta misma razón, LANG (2011) y DOURADO (2011) señalan que el principio de abuso de derecho de la jurisprudencia comunitaria no es sino un principio de interpretación, básicamente de interpretación sistemática y finalista de las normas.

Ver: Richard Lyal, “Cadbury Schweppes and Abuse: Comments”, en De la Feria R. y Vogenauer, S., op. cit.; páginas 427 y siguientes.

Michael Lang; “Cadbury Schweppes’ Line of Case Law from the Member States’ Perspective”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S., op. cit.; páginas 435 y siguientes.

Ana Paula Dourado, “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A Methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S.; páginas 467 y siguientes.

Ver también: Julian Ghosh, “Cadbury Schweppes: Breach, Abuse Justification and Why They Are Different?”, en De la Rita, R y Vigenauer, S; páginas 459 y siguientes.

subjetiva, esa práctica abusiva exige que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener un beneficio o ventaja y, más concretamente, una ventaja fiscal²⁰⁷.

Sorprendentemente, los apartados 74 y 75 de la Sentencia Halifax no incorporan ya una referencia explícita a la artificialidad o artificiosidad de las operaciones controvertidas. En cambio, en el apartado 53 de la Sentencia Emsland-Stärke, el Tribunal ya había asumido que el disfrute de la ventaja perseguida debía alcanzarse, *“creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención”*. Y este test de artificiosidad o artificialidad adquiere mayor protagonismo a partir de la Sentencia Cadbury Schweppes en 2006, en la que el TJUE acude a la expresión “montajes puramente artificiales” para situar en la lucha contra estos montajes el objetivo que puede justificar una restricción a una libertad fundamental, al mismo tiempo que centra esa noción en la ausencia de verdadera sustancia económica en la transacción controvertida.

Esta versión de la doctrina de la sustancia económica se condensa en otra expresión que surge en el apartado 55 de la Sentencia Cadbury Schweppes, para pasar al apartado 28 de la Sentencia de 22 de mayo de 2008, en el caso Ampliscientifica Srl y Amplifin SpA, citándose también repetidamente luego por el Tribunal. El principio de prohibición del abuso de derecho *“<[l]leva a prohibir los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal>”*.

Por otra parte, el TJUE ha incorporado a su doctrina dos menciones de especial relevancia:

- a) En primer lugar, el Tribunal ha mezclado el test de artificialidad con el de habitualidad o normalidad de las transacciones. De esta manera, ya en el apartado 69 de la Sentencia Halifax, el TJUE afirma que las prácticas abusivas de los operadores económicos aluden a aquellas operaciones que no se realicen *“<[e]n el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse”*

²⁰⁷ Como advierte, sin embargo, WEBER (2011) los dos elementos de este doble test han de entenderse estrechamente interrelacionados siendo difícil distinguir en la práctica la esfera respectiva de cada uno de ellos. Por otra parte, para este autor, estos dos elementos afectan a la carga de la prueba, pues corresponde a la Administración probar que concurre el elemento objetivo y al contribuyente aportar las pruebas relativas a la existencia de una justificación económica de las operaciones distinta del fin fiscal aparentemente perseguido.

Ver: Dennis Weber, “Abuse of Law in the Contest of Indirect Taxation: Why We Need the Subjective Intention Test, When is Combating Abuse an Obligation and Other Comments”, en De la Feria, R y Vogenauer, S, op. cit.; páginas 397 y 399.

Tampoco faltan opiniones, como la ya citada de LANG (2011), favorables a la superación de este enfoque o a una consideración crítica del elemento subjetivo.

abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario>>.

- b) Por otro lado, el TJUE en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010, caso Weald Leasing, reitera el derecho del contribuyente a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal. Y el TJUE se expresa en este mismo sentido pero de forma más tajante si cabe en los apartados 53 y 54 de la Sentencia también de 22 de diciembre de 2010, en el caso RBS. El TJUE, tras reiterar su referencia a los apartados 74 y 75 de la Sentencia Halifax, señala que los sujetos pasivos pueden generalmente elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiados para sus actividades económicas, también a efectos de limitar sus cargas fiscales. Cuando un contribuyente puede elegir entre diferentes operaciones, *“tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que pueda limitar su deuda fiscal”*²⁰⁸.

Condensada así la doctrina del TJUE, podemos entender pues que la norma antielusión que surge de la misma reuniría las siguientes características principales:

- a) El TJUE alumbra una norma antiabuso cuya primera característica es precisamente su unidad.

Sólo hay una norma antielusión general para emplear frente a cualquier abuso de derecho. El TJUE evita caer en la técnica de nuestra Ley General Tributaria en la que las normas antielusión ofrecen diferentes perspectivas según estemos hablando de simulación, recalificación o conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

- b) No obstante, la jurisprudencia europea se formula en unos términos tales que permite sostener que la misma encierra algunas distinciones cruciales.

En primer lugar, aunque tras la Sentencia del caso Direct Cosmetics el TJUE no ha profundizado en esta idea, su doctrina parece descansar en una diferenciación entre las nociones de *“tax avoidance”* y *“tax evasion”*, con los consiguientes problemas lingüísticos. De esta

²⁰⁸ El TJUE reitera esta doctrina en la Sentencia de 17 de diciembre de 2015, en el caso WebMindLicenses. El TJUE especialmente vincula ese derecho del contribuyente a elegir su estructura de negocio con la aparición de una práctica abusiva cuando la finalidad esencial de una operación se limita a la obtención de una ventaja fiscal. Este elemento subjetivo debe compaginarse pues con ese derecho del contribuyente pues éste no está obligado a optar por las operaciones o estructuras que maximicen el pago del impuesto.

manera, la existencia de abuso de derecho se aprecia en supuestos de elusión fiscal e, igualmente, las posibles restricciones nacionales a las libertades fundamentales se justifican por la prevención de la evasión fiscal (“*tax avoidance*”) cuando se oponen a montajes puramente artificiales, sin relación con la realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto o eludir la correcta aplicación de la ley fiscal²⁰⁹. Esta primera distinción podría justificar el diferente enfoque del TJUE cuando aborda temas relacionados con el fraude fiscal en el IVA existiendo la voluntariedad propia del fraude fiscal.

Por otra parte, sin embargo, la norma antielusión que maneja el TJUE parece incluir supuestos de recalificación o de simulación en la terminología española. La falta de realidad económica puede suponer la ausencia o ilicitud de la causa en nuestra terminología. Casos como los recogidos en las Sentencias Newey o WebMindLicences respaldan esta conclusión.

En segundo lugar, el TJUE maneja ciertamente esta norma antielusión desde diferentes perspectivas según los intereses en juego. Cuando como en Halifax, o más aún en casos de fraude de IVA, sólo ha de analizarse la conducta del contribuyente frente a sus deberes fiscales, el TJUE actúa con más contundencia o claridad. En cambio, en Cadbury Schweppes o cuando estamos ante un abuso en el ejercicio de libertades fundamentales, el TJUE tiene en cuenta también el objetivo de asegurar el ejercicio de tales libertades²¹⁰.

²⁰⁹ Es interesante tener en cuenta que en la versión en lengua inglesa de esta doctrina las expresiones utilizadas aluden a “[t]he objective of preventing tax avoidance...to prevent wholly artificial arrangements which do not bear any relation to economic reality and which are designed to avoid payment of the tax normally due” o a “[p]reventing wholly artificial arrangements, set up to circumvent tax legislation”. Y en lengua francesa se habla de “[p]révention de l’évasion fiscale”, para “[f]aire obstacle à des montages purement artificiels, sans rapport avec la réalité économique, et destinés à éluder l’impôt normalement dû” o a “[p]river du bénéfice d’un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait d’échapper à la législation fiscale”.

Ver por todas la Sentencia Masco Denmark, de 21 de diciembre de 2016, apartados 44 y 45.

²¹⁰ Ello ha llevado a algunos autores a defender la existencia de dos conceptos de abuso. Así VANISTENDAEL(2011) ha sostenido esos dos conceptos entendiendo que en cuestiones transfronterizas el TJUE trata sobre todo de encontrar ese equilibrio entre la integridad del sistema fiscal nacional y la efectividad de las libertades fundamentales. Ver en este sentido Frans Vanistendael, “Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S., op. cit.; páginas 407 y siguientes.

Ver también: Carlos Palao Taboada, “El abuso del derecho en materia tributaria en el Derecho comunitario europeo”; *Forum Fiscal* nº. 223, septiembre 2016.

En contra pueden verse las opiniones de los ya citados LYAL o DOURADO (2011).

- c) El TJUE ubica esta norma antiabuso en el ámbito de la noción de abuso de derecho. Ahora bien, la noción de abuso de derecho no se refiere al ejercicio abusivo de un derecho subjetivo sino que discurre por el terreno de la aplicación e interpretación de la norma, realizadas de forma abusiva por el contribuyente. Se trataría de un abuso del derecho objetivo, en realidad un “*abuse of law*”, no un “*abuse of rights*”, noción en definitiva próxima a la propia de la institución del fraude de ley²¹¹.
- d) Ciertamente, el TJUE recoge el doble elemento de la doctrina de la sustancia económica, un elemento objetivo y otro subjetivo.

No obstante, el primero de estos dos elementos conduce simplemente a una interpretación finalista o teleológica de la norma, como requisito previo para determinar si el contribuyente se limitó a optar por la obtención de una ventaja fiscal que la norma ofrecía. Descartada esa cobertura, el elemento clave es el subjetivo, el propósito de obtener una ventaja fiscal, si bien tal propósito debe resultar acreditado o probado a partir de unos indicios objetivos²¹². Es decir, la concurrencia del elemento subjetivo no se prueba indagando en la voluntad íntima del contribuyente sino que se presume o se prueba a partir de los indicios o datos objetivos que rodean los negocios.

- e) Aunque la doctrina del TJUE pueda resultar ambigua, es evidente que da una especial relevancia a este propósito de obtener una ventaja fiscal sin una justificación económica.

En el famoso apartado 75 de la Sentencia Halifax, el TJUE se refiere a operaciones cuya finalidad esencial se limita a obtener una ventaja fiscal. Por lo tanto, el TJUE no parece aceptar que el abuso de derecho pueda surgir de operaciones una de cuyas finalidades sea la obtención de una ventaja fiscal; este propósito ha de ser el único objetivo o un objetivo esencial de la transacción²¹³.

²¹¹ Como señala PALAO TABOADA, la noción de abuso se refiere al *abuse of law* y, en el ámbito tributario, coincide con la elusión.

Ver: Carlos Palao Taboada (2016), op. cit. en nota anterior, quien cita a Vogenauer, S; en De La Feria, R y Vogenauer; S, op. cit.

²¹² Frente a la doctrina norteamericana sobre la sustancia económica, la perspectiva cambia. Los dos elementos no deben concurrir para la validez de la operación sino para que pueda entenderse que estamos ante una práctica abusiva.

²¹³ El TJUE reitera esta idea en la Sentencia de 21 de febrero de 2008, caso Part Service.

Al respecto, LYAL advierte de nuevo sobre los recurrentes problemas lingüísticos del Derecho de la Unión, en este caso en las diferentes versiones de la Sentencia Part Service. A su juicio, esta sentencia no

El TJUE no ha resaltado la idea de la justificación económica de las operaciones, pero sin duda esa justificación produce el efecto de enervar la apariencia de abuso derivada de la obtención de una ventaja fiscal como se dice expresamente en ocasiones a continuación de la descripción del elemento subjetivo de la doctrina Halifax: falta este necesario elemento subjetivo cuando las operaciones tienen una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales.

- f) El TJUE ha vinculado siempre las prácticas abusivas con la noción de artificialidad, aunque para situar esta artificialidad, de forma un tanto circular, en operaciones carentes de realidad económica efectuadas para obtener una ventaja fiscal.

Un montaje puramente artificial es aquel carente de realidad económica, efectuado *“con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal”*. En ocasiones el TJUE ha aludido a la noción de normalidad o habitualidad de las transacciones, entendiendo que las operaciones abusivas han de darse necesariamente fuera del marco de transacciones comerciales normales.

- g) Por último, el TJUE ha reconocido reiteradamente el derecho del contribuyente a organizar sus negocios u operaciones de la forma fiscalmente más ventajosa, de acuerdo con una interpretación finalista de la norma.

difiere de lo dicho en Halifax de forma que el fin fiscal debe ser esencial en la transacción o uno de los fines principales.

Ver: Richar Lyal, en De la Feria, R y Voogenauer, S., op. cit.; página 429.

5. LA RECEPCION DE LAS NORMAS GENERALES ANTIELUSION EN EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA

5.1 Actuaciones iniciales de la Comisión

La doctrina del TJUE, sobre la aplicación en el ámbito tributario de la noción de abuso de derecho, se anticipó a acciones posteriores de la Comisión Europea sobre esta misma cuestión. Inicialmente, la Comisión Europea trató de enlazar esta doctrina con ciertas actuaciones normativas, en el terreno de la lucha contra el fraude fiscal o respecto de la aplicación de normas antielusión específicas. Más recientemente, la Comisión Europea ha tratado de compaginar esta doctrina y las acciones del proyecto BEPS de la OCDE.

Así, encontramos en primer lugar la Comunicación de la Comisión, de 10 de diciembre de 2007, sobre aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa, dentro de la UE y en relación con terceros países [COM(2007) 785 final]. Esta comunicación de la Comisión constituye en realidad un acuse de recibo de la trascendencia de la inmediatamente anterior doctrina del TJUE, un repaso de la misma hasta esa fecha y una invitación a los Estados miembros a estudiar el camino mejor para armonizar sus normas antielusión y las prácticas administrativas observadas en su aplicación, para terminar centrándose en determinadas normas antielusión concretas o específicas como es el caso de las normas sobre subcapitalización. Desde el punto de vista amplio que nos interesa, la comunicación se centra en la doctrina del TJUE sobre los montajes puramente artificiales. A juicio de la Comisión Europea, la doctrina del TJUE confirma que es plenamente lícito tener en cuenta consideraciones de tipo fiscal a la hora de decidir el lugar de establecimiento de una filial. El objetivo de reducir la propia carga fiscal es legítimo desde el punto de vista comercial si las operaciones dirigidas a lograrlo no equivalen a una transferencia de beneficios artificial. Mientras los sujetos pasivos no incurran en prácticas abusivas, un Estado miembro no podrá restringir el derecho de libre circulación simplemente por el hecho de que en otros Estados miembros existan niveles de imposición inferiores.

A juicio de la Comisión, este principio rige incluso aunque en el sistema fiscal del otro Estado miembro puedan existir regímenes favorables especiales, relevantes para la decisión económica adoptada por un contribuyente. Este falseamiento en la localización de las actividades empresariales como consecuencia de la concesión de una ayuda, en su caso, incompatible con el Derecho de la Unión Europea o de una competencia fiscal perjudicial no confiere a los Estados miembros derecho a adoptar medidas unilaterales de restricción de la libre circulación con objeto de contrarrestar sus efectos.

La comunicación camina en la línea de aproximar la doctrina del TJUE a categorías tradicionalmente empleadas en el derecho anglosajón. Por lo tanto, la Comisión proclama que “la detección de un montaje puramente artificial

equivale, en realidad, a un análisis «sustancia sobre forma», si bien al conectar este principio con la idea de sustancia económica presente en las sentencias del TJUE, especialmente en *Cadbury Schweppes*, la Comisión trata de poner de manifiesto las dificultades que este criterio encierra en el caso de servicios financieros intragrupo o de sociedades holding o de cartera, en la medida en la que estas actividades no requieren una presencia física significativa. Asimismo, la Comisión manifiesta compartir el criterio del Abogado General en el caso *Thin Cap*, en cuanto a la utilidad de ciertas presunciones o normas antielusión específicas que favorezcan la seguridad jurídica de los contribuyentes.

En segundo lugar, hemos de citar la norma antielusión incluida en el artículo 80 de la Propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades de 16 de marzo de 2011. El mencionado precepto tenía la siguiente redacción:

Artículo 80. Norma general antifraude

Las operaciones artificiales, realizadas con el único fin de eludir impuestos, no se tendrán en cuenta a efectos del cálculo de la base imponible.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a las actividades comerciales realizadas de buena fe en las que el sujeto pasivo tiene la posibilidad de elegir entre dos o más operaciones que tienen el mismo resultado comercial pero que dan lugar a bases imponibles diferentes.

Nos encontramos, pues, ante un precepto que lleva ya la denominación de norma general antielusión (o antifraude) y que pretende desde luego reflejar la doctrina del TJUE. No obstante, la terminología empleada ofrece alguna particularidad. Así se habla de operaciones, y no de montajes, artificiales, pero sobre todo se predica de esas operaciones abusivas que han de entenderse realizadas con el único fin de eludir impuestos, aunque el Parlamento europeo precisamente propusiera la modificación de la redacción de la norma en este punto, para que bastase que el motivo fiscal fuese la finalidad principal²¹⁴. A continuación, se introduce una noción nueva al hacer referencia el precepto a la buena fe si bien esta referencia debería ser entendida en relación con el derecho que, en definitiva, se reconoce al contribuyente de organizar sus asuntos de la forma fiscalmente más ventajosa. No otra cosa significa que el contribuyente pueda elegir de entre dos o más alternativas aquélla que dé lugar a un mejor resultado fiscal.

²¹⁴ Res. 19-4-2012

En esta misma línea fue más contundente la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva²¹⁵. Nos hallamos ya ante una actuación de la Comisión claramente en el contexto de la política de lucha contra el fraude fiscal que nace de la crisis económica actual y que se dirige sobre todo contra los montajes artificiales y la erosión de las bases imponibles que favorecería a las grandes compañías multinacionales. En este ámbito, la Comisión Europea da a conocer tres medidas el mismo día 6 de diciembre de 2012. En primer lugar, la Comisión Europea emite una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo con un Plan de Acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal²¹⁶. En segundo lugar, hallamos la recomendación de la Comisión de la misma fecha, relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal²¹⁷. Y finalmente, hallamos la citada Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva.

A nuestros efectos, destaca el apartado 4 de la Recomendación en la medida en la que sugiere la incorporación de una norma general antifraude a los ordenamientos de los Estados miembros. En la versión en lengua española de la Recomendación, el texto de la norma sugerida, en el apartado 4.2, sería el siguiente:

Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica.

La Recomendación continúa en los apartados 4.3 y 4.4 con las siguientes observaciones:

4.3. A efectos del punto 4.2, se entiende por mecanismo cualquier transacción, régimen, medida, operación, acuerdo, subvención, entendimiento, promesa, compromiso o acontecimiento. Un mecanismo puede constar de varias fases o partes.

4.4. A efectos del punto 4.2 un mecanismo o una serie de mecanismos se consideran artificiales cuando no tienen carácter comercial. Para determinar si el mecanismo o la serie de mecanismos es artificial, se invita a las autoridades nacionales a considerar si se refieren a una o varias de las situaciones siguientes:

²¹⁵ C(2012) 8806 final

²¹⁶ COM (2012) 722 final

²¹⁷ C (2012) 8805 final

- a) la caracterización jurídica de las diferentes fases de las que consta un mecanismo es incompatible con la naturaleza jurídica del mecanismo en su conjunto;*
- b) el mecanismo o la serie de mecanismos se ejecutan de una manera que no sería la normal atendiendo a un comportamiento comercial razonable;*
- c) el mecanismo o la serie de mecanismos incluyen elementos que tienen por efecto compensarse o anularse entre sí;*
- d) las operaciones concluidas son de naturaleza circular;*
- e) el mecanismo o la serie de mecanismos dan lugar a un importante beneficio fiscal, aunque esto no se refleja en los riesgos empresariales asumidos por el contribuyente ni en sus flujos de caja;*
- f) el beneficio esperado antes de impuestos es insignificante en comparación con el importe de la ventaja fiscal prevista.*

Destaca en esta Recomendación, en primer lugar, la discutible versión en lengua española de la misma. Aparece así la expresión “*mecanismo artificial*”, en lugar de operación, negocio o montaje artificial. Por lo demás, la norma propuesta por la Comisión Europea constituye una versión más de una norma antielusión o antifraude, basada en la idea de sustancia económica o de justificación económica de las operaciones.

5.2 La norma antielusión incorporada a la Directiva matriz-filial

En esta misma línea y con problemas lingüísticos parecidos podemos citar a continuación la norma antielusión incorporada a la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, la llamada Directiva matriz-filial, por obra de la Directiva 2015/121/UE, de 27 de enero de 2015. El artículo 1º de la Directiva de 2015 modifica el artículo 1º de la Directiva 2011/96 para incorporar una norma antielusión de nuevo cuño. Recordemos que el artículo 1.2 de la Directiva 2011/96/UE decía inicialmente lo siguiente:

2. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.

Con la Directiva 2015/121/UE, el artículo 1º de la Directiva pasa a tener unos apartados 2 a 4 con la siguiente redacción:

2. Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente Directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos

todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva.

Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

3. A efectos del apartado 2, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

4. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas.

Nos hallamos pues ante una norma antielusión específica, por referirse en concreto a la aplicación de la Directiva matriz-filial, pero redactada con criterios propios de las normas antielusión generales basadas en la idea de la sustancia económica. Y, como vemos, de nuevo, la redacción en lengua española resulta más que discutible tanto por emplear ahora la expresión “arreglos”, en lugar de negocios u operaciones, como por hablar de arreglos falseados cuando en realidad se quería decir negocios sin verdadera realidad económica²¹⁸.

²¹⁸ Para comprender el problema que plantea la versión en lengua española conviene comparar esta versión con las versiones en lengua inglesa y francesa de la misma norma de la Directiva 2015/121/UE.

Así, la versión en lengua inglesa dice lo siguiente:

2. Member States shall not grant the benefits of this Directive to an arrangement or a series of arrangements which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of this Directive, are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances.

An arrangement may comprise more than one step or part.

3. For the purposes of paragraph 2, an arrangement or a series of arrangements shall be regarded as not genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality.

4. This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of tax evasion, tax fraud or abuse.

En el caso de la versión en lengua francesa el texto es el siguiente:

2. Les États membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou à une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la présente directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.

Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

5.3 La Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016

5.3.1 La relación entre la Directiva ATAD y el proyecto BEPS de la OCDE

5.3.1.1.- Casi inmediatamente después de la Directiva 2015/121/UE, por la que se modifica la Directiva matriz-filial, la Comisión Europea va a presentar, el 28 de enero de 2016, su paquete de medidas contra la elusión fiscal (*“anti tax avoidance package”*). Esta acción de la Comisión Europea guarda una estrecha relación con el proyecto BEPS lanzado por la OCDE en 2013 que va a dar lugar, entre otras, a la llamada acción 6, sobre el abuso de Convenio.

5.3.1.2.- Esta acción 6 del proyecto BEPS aparece identificada en el documento de julio de 2013 en el que se enumeran las 15 acciones del plan BEPS, como dirigida a la elaboración de las normas y recomendaciones adecuadas para evitar la aplicación de un CDI en casos que deberían quedar al margen de ese ámbito de aplicación (*“to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances”*). Esta acción debía coordinarse con la acción 2, relativa al tratamiento de los instrumentos y entidades híbridas²¹⁹.

Sin duda, esta acción 6 debe entenderse a partir de la propia situación previa contenida en los Comentarios al artículo 1º del MCOCDE. Tales comentarios contienen una referencia al abuso de Convenio en sus párrafos o apartados 7 a 12, bajo la rúbrica de *“Improper use of the Convention”*. Tales párrafos de los comentarios llegan a dos conclusiones. Por un lado, la aplicación de un CDI ha de entenderse compatible con la de las normas nacionales o domésticas antielusión. Por otro, de acuerdo con los párrafos 9.4 y 9.5 de los comentarios, se asume como un principio del Derecho tributario internacional que los Estados no están obligados a reconocer los beneficios de un Convenio ante negocios o acuerdos que suponen un abuso de Convenio. Y estaremos ante este tipo de negocios en abuso de Convenio cuando el fin principal (*“main purpose”*) del negocio sea la obtención de esa ventaja fiscal derivada del Convenio y la obtención de esa ventaja sea contraía a la finalidad del Convenio (*“would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions”*).

3. *Aux fins du paragraphe 2, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.*

4. *La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires pour prévenir la fraude fiscale ou les abus.*

²¹⁹ En relación con la elaboración de los diferentes documentos relacionados con la acción 6 del proyecto BEPS, ver: Christiana HJI Panayi, *Advanced Issues in International and European Tax Law*; Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015; páginas 85 y siguientes y 219 y siguientes.

En el primer documento específicamente referido a esta acción 6 del proyecto BEPS, publicado en marzo de 2014 como un “*public discussion draft*”, aquella se estructura en torno a tres ideas ya avanzadas en 2013: normas convencionales o domésticas dirigidas a evitar la aplicación abusiva de un CDI, expresión como finalidad de los convenios de la eliminación de supuestos de doble no imposición y consideraciones de política fiscal sobre las razones a tener en cuenta por los Estados a la hora de firmar un convenio de doble imposición. La verdad, sin embargo, es que desde este primer momento la acción 6 sólo contiene un desarrollo del primero de estos tres aspectos y, en relación con las normas antielusión, aparece ya una propuesta que se reconoce deudora de la práctica convencional de los Estados Unidos y que se centra en una norma sobre limitación de beneficios, conforme a la cual un CDI no es aplicable inmediatamente a las personas residentes en cualquiera de los Estados signatarios sino únicamente a las personas y, sobre todo, a las entidades que reúnen ciertos requisitos. Esta “*LOB rule*” (“*limitation of benefits provision*”) se incorporaría a un nuevo artículo, por numerar, del MCOCDE y este artículo, titulado “*entitlement to benefits*”, terminaría con un último apartado, tras los relativos a la “*LOB rule*”, apartado 6 en aquel primer documento, que recogería una norma general antielusión basada en el “*principal purpose test*” o PPT.

Tras este primer documento y recibidas las observaciones correspondientes, la OCDE publica en septiembre de 2014 un primer informe ya completo aunque provisional sobre esta acción 6 y tras él la OCDE publicará otros dos documentos, en noviembre de 2014 y mayo de 2015, como borradores parciales sometidos a observaciones externas. En el primero, destaca la referencia a la aplicación parcial o alternativa del CDI cuando sea aplicable la norma antielusión. En el segundo, se profundiza en esta idea y se abordan otras cuestiones, en particular acerca de la aplicación o no del arbitraje.

En el documento definitivo de octubre de 2015, la OCDE asume las dificultades para conciliar una norma específica antiabuso como la norma sobre limitación de beneficios y una norma general o más general antielusión basada en el “*principal purpose test*”. Entre las diferentes alternativas opta por añadir una norma LOB simplificada a la norma LOB completa, manteniendo una norma general antielusión basada en el PPT, ahora en un apartado 7 de ese nuevo artículo del MCOCDE. Todo ello deberá coordinarse con los trabajos de Estados Unidos en su modelo de convenio donde se prevé la incorporación de una nueva redacción de la norma sobre LOB²²⁰. De esta manera, los Estados podrían incorporar a sus convenios bien una norma LOB o bien una norma basada en el PPT o ambas, pudiendo ser la norma LOB bien completa o

²²⁰ Los trabajos relativos al Nuevo Modelo de Convenio de los Estados Unidos han terminado el 17 de febrero de 2016 con un modelo de convenio que incluye la cláusula de limitación de beneficios en su artículo 20.

detallada o bien simplificada. Este esquema de opciones se incorporará al Instrumento Multilateral, derivado de la acción 15 del proyecto BEPS, como luego veremos en la secuencia cronológica de estos acontecimientos.

La norma, que ahora nos ocupa, basada en el PPT y recogida en el informe definitivo de la acción 6 del plan BEPS, tiene la siguiente redacción:

7. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention

Nos hallamos pues ante una norma que responde a la tradición jurídica de las normas antielusión basadas en un test de motivos económicos válidos en las operaciones o de exigencia de sustancia económica en las mismas. Una tradición que ya se encontraba presente en los comentarios al artículo 1º del MCOCDE. No obstante, la norma recogida en la acción 6 del plan BEPS acrecienta el valor de este principio por lo que conviene destacar sus aspectos más relevantes:

- a) En primer lugar, la norma parece encerrar un doble elemento. Por un lado, aparecería un elemento subjetivo del test y, por otro, un elemento objetivo. El primero estaría vinculado al motivo o propósito del negocio o transacción, tratándose de determinar si tal motivo era precisamente la obtención de una ventaja fiscal, ligada a la aplicación de un CDI. El segundo elemento supuestamente objetivo atendería a la interpretación finalista de la norma y trataría de determinar si la obtención del beneficio pretendido estaría justificada por la propia finalidad del CDI para evitar la doble imposición.
- b) Sobre la base de un juicio de razonabilidad, la norma hace descansar el primer elemento no en el único motivo o el principal motivo del negocio u operación sino en la circunstancia de que la obtención de la ventaja fiscal sea uno de los principales motivos de la transacción (“*one of the principal purposes*”). En un debate no exento él mismo de artificiosidad, la doctrina suele destacar la notable diferencia entre una norma o doctrina jurisprudencial que exige que el negocio cuestionado tenga como único motivo o como su principal motivo el fraude o la evasión fiscal, frente a aquellas doctrinas o reglas que sólo requieren que esa elusión fiscal sea uno de los principales motivos del negocio. Por otro lado, aunque la norma de la acción 6 no lo dice expresamente hay que entender que este elemento subjetivo descansa en un juicio

basado en los aspectos objetivos de la transacción. El propósito del negocio no se busca en la voluntad de las partes sino que se induce de indicios objetivos derivados de las características del negocio.

- c) La norma de la acción 6 contrarresta este elemento aparentemente subjetivo con un análisis de la interpretación de la norma, de acuerdo con el propósito y finalidad de la misma. En cambio, la norma parece prescindir de la existencia de otros motivos económicos válidos distintos de la búsqueda de una ventaja fiscal y de la posibilidad de que el contribuyente pruebe así la existencia de una justificación económica de las operaciones.
- d) En la aplicación de la norma antielusión, la norma de la acción 6 no acude a la técnica de reestablecer la situación que hubiera surgido de no mediar la transacción cuestionada ni a calificar ésta de acuerdo con su verdadera naturaleza, en su caso, económica. Aparentemente, la norma sanciona la elusión con la no aplicación del CDI, aunque, eso sí, el CDI no se aplicará en relación con la renta o el elemento patrimonial conectados con esa transacción sin que afecte subjetivamente al contribuyente en relación con otras transacciones o rentas. Este punto pone de relieve la diferencia de enfoque entre la norma general basada en el PPT y cualquier “LOB rule”. Esta mira el abuso desde la perspectiva del derecho del contribuyente a la aplicación del CDI; la primera atiende a cada transacción o negocio.
- e) Finalmente, la norma basada en el PPT parece compatible tanto con las normas domésticas antiabuso como con las normas antiabuso específicas del propio CDI. No obstante, en el primer caso, conviene recordar que la aplicación de una norma contenida en el CDI puede tener su trascendencia desde la perspectiva del acceso al procedimiento amistoso.

En suma, la norma general antielusión de la acción 6 del proyecto BEPS se presenta en apariencia como una norma simple, tal vez demasiado simple, que trata de conectar dos finalidades, la del negocio y la de la norma, de tal manera que una transacción será abusiva cuando la finalidad fiscal de la operación no encuentre justificación en la finalidad de la norma, sin que sea necesario que aquella finalidad fiscal sea exclusiva o preponderante, bastando que sea uno de los fines principales de la operación cuestionada. Esta aparente simplicidad plantea hondos problemas de inseguridad en la aplicación de la norma, tan evidentes que han sido abordados en los mismos comentarios que acompañan a aquella²²¹.

²²¹ Como admiten KEES, TRACANA y RUIZ (2016), la redacción de la norma puede dar lugar a interpretaciones muy dispares según los tribunales y las jurisdicciones que la apliquen, aunque la

Como ya hemos apuntado, la norma antielusión de la acción 6 de BEPS parte de la idea de construir el indicio de abuso sobre un elemento subjetivo, aunque éste se infiera de las circunstancias objetivas de la operación. Ese elemento subjetivo surge cuando una transacción pretende la obtención de una ventaja fiscal como uno de sus principales motivos (“*one of the principal purposes*”). En opinión de LANG (2014), ésta es una de las características principales de la norma de la acción 6 de BEPS por comparación con la doctrina del TJUE²²². En la primera, el propósito de obtener una ventaja fiscal puede ser solo uno de los propósitos principales de la transacción o del conjunto de operaciones. No es necesario que éstas tengan ese único propósito o que éste sea el propósito o motivo principal de la transacción. Basta con que la transacción o el conjunto de operaciones tengan entre sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal. Por lo tanto, el indicio de abuso surge aunque el contribuyente pueda justificar que ha realizado la transacción no sólo por motivos fiscales sino asimismo por otros motivos igualmente relevantes. Si el motivo fiscal es uno de los principales motivos de la transacción ésta podría reputarse a primera vista abusiva. Por otro lado, la acción 6 del plan BEPS no aclara tampoco cómo distinguir entre motivos principales y secundarios en una transacción.

Aparentemente, la acción 6 del plan BEPS solo contrapesa este indicio con el test de la interpretación finalista del convenio de forma que la transacción no será abusiva si es conforme con una interpretación finalista del correspondiente CDI. A ello hay que añadir que la redacción de la norma antielusión no incluye una mención a la justificación económica de las operaciones. En suma, la norma crea la apariencia de que surge el abuso por la mera finalidad fiscal. De ser así, nos hallaríamos ante una norma antielusión muy alejada de otras análogas y de la doctrina del TJUE. Y sin embargo esta primera impresión queda completamente diluida tras la lectura del apartado 13 de los comentarios propuestos para incorporarse al MCOCDE, en relación con la norma antiabuso basada en el PPT.

De acuerdo con este apartado 13 de los comentarios que se incorporarían al MCOCDE, <<[a] purpose will not be a principal purpose when it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining the benefit was not a principal consideration and would not have justified entering into any arrangement or transaction that has, alone or together with other transactions, resulted in the benefit. In particular, where an arrangement

incorporación de esta norma a los convenios otorga sin duda una base legal más clara para contrarrestar el abuso en la aplicación de tales convenios.

Kees Van Raad, Dinis Tracana y Edgar Ruiz, “Interpretación de las normas y los tratados en la era pos-BEPS”; *Impuestos*, Legis, Bogotá, 2016.

²²² Michael Lang, “BEPS Action 6: Introducing an antiabuse rule in Tax Treaties”; *Tax Notes International*, volumen 74, número 7, mayo 2014; páginas 655 y siguientes.

is inextricably linked to a core commercial activity, and its form has not been driven by considerations of obtaining a benefit, it is unlikely that its principal purpose will be considered to be to obtain that benefit. Where, however, an arrangement is entered into for the purpose of obtaining similar benefits under a number of treaties, it should not be considered that obtaining benefits under other treaties will prevent obtaining one benefit under one treaty from being considered a principal purpose for that arrangement”.

Bajo la apariencia de un comentario o aclaración, posiblemente, este párrafo realmente modifica el sentido de la norma antielusión. Cosa distinta es que lo haga para subsanar un defecto en la redacción de la norma, puesto de manifiesto en la elaboración del documento de la acción BEPS, pues la norma descansaba exclusivamente en la finalidad de obtener una ventaja fiscal sin tener en cuenta la posible existencia de una justificación económica de la operación. La norma sólo tiene en cuenta la interpretación finalista del convenio, interpretación sin duda harto compleja y de inciertos resultados. Por ello, este apartado de los comentarios rescata en realidad la justificación o los motivos económicos válidos aunque sea para decir que cuando la búsqueda de una ventaja fiscal aparezca unida a una operación económica, esta justificación actúa como contra indicio que permite presumir que el motivo fiscal no es uno de los principales motivos de esa operación. Todo ello mezclado con la cuestión de que el abuso de convenio no desaparezca porque se proyecte no sobre un CDI en particular sino sobre una pluralidad de ellos²²³.

²²³ La cuestión resulta tan confusa que tras este apartado 13, los comentarios tratan de aclararla mediante la técnica de acudir a ejemplos. Sin que proceda entrar a analizar los ejemplos, hasta diez, lo cierto es que la impresión es de nuevo la de que los comentarios tratan de completar una norma sesgada ya inicialmente por la filosofía que subyace al tener en cuenta exclusivamente la existencia de un motivo fiscal relevante. Así, si una entidad proyecta una inversión en el extranjero y decide llevar a cabo esa inversión en el Estado X, porque ese Estado tiene un CDI con el Estado de residencia de la matriz, cabría pensar que esa transacción se ha llevado a cabo siendo uno de los principales motivos el obtener las ventajas fiscales derivadas de la aplicación del CDI. Tan sería así que la transacción se ha realizado en el Estado X por la aplicación del CDI, excluyendo la inversión en otros Estados con las mismas condiciones económicas porque carecen de tal CDI con el Estado de residencia de la matriz. Si la pregunta correcta no es por qué se ha realizado la inversión sino por qué se ha realizado en el Estado X y no en otros, la respuesta no puede soslayar la cuestión de que no ya una de las razones sino la principal razón de la elección responde al objetivo de obtener la aplicación del CDI. Y, sin embargo, la OCDE, ante este ejemplo, va a respondernos que la pregunta correcta debe atender a las razones de la inversión. Obviamente la inversión no se ha hecho por razones fiscales sino económicas y, además, entiende la OCDE aunque la elección del país sí se ha hecho buscando la aplicación del CDI, ello sería coherente con la finalidad de un CDI.

De manera semejante, nos dicen los comentarios, si una entidad posee el 24 por 100 de las acciones de otra residente en otro Estado y compra un 1 por 100 adicional para alcanzar el 25 por 100 para conseguir un tipo reducido en la aplicación del CDI sobre los dividendos recibidos, parecería que esa compra adicional es una transacción cuyo principal motivo es fiscal. Sin embargo, los comentarios nos advierten de nuevo que no por ello debe caer bajo la aplicación de la norma antielusión, pues de nuevo es coherente con el propósito del CDI la búsqueda de las condiciones establecidas para conseguir la aplicación de las ventajas derivadas del CDI.

Como ha señalado GARCIA PRATS (2015), el problema real es que la norma antielusión de la OCDE se articula en torno a los resultados de la operación y no, como cabría esperar, en torno a la artificiosidad de la estructura, transacción u operación realizada por las partes²²⁴. Luego, en los comentarios la OCDE ha tratado de recentrar la norma diciendo lo que ésta no dice y debería decir, o sea, que una transacción no se reputará abusiva cuando tenga una justificación económica en el desarrollo de las transacciones normales u ordinarias del contribuyente. Esa transacción no será abusiva por no ser artificiosa, tener pues sustancia económica y perseguir motivos económicos válidos. La OCDE ha preferido justificar este giro en la interpretación finalista del CDI²²⁵. En el ámbito del Derecho de la UE posiblemente es insoslayable mantener el test de artificialidad o artificiosidad²²⁶.

Por otra parte, la aplicación de la norma basada en el PPT tiene como consecuencia que el contribuyente que ha celebrado esa transacción abusiva no tendrá derecho a las ventajas derivadas de la aplicación del CDI. De nuevo la redacción de la norma parece poco meditada pues puede resultar

Como señala BAEZ MORENO (2016), tras una acertada crítica de la coherencia de los ejemplos de la acción 6 con la redacción de la norma, ésta viene sesgada de partida por la preponderancia que se le atribuye al elemento subjetivo.

Ver: Andrés Báez Moreno, “La cláusula del propósito principal (principal purpose test). Un análisis crítico de la acción 6 del proyecto BEPS”; *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 404, noviembre 2016.

²²⁴ F. Alfredo García Prats, “Los límites a la planificación fiscal agresiva y el abuso de las normas tributarias”; *Revista Técnica Tributaria*, número 110, 2015; páginas 121 y siguientes

²²⁵ En realidad, por este camino corremos el riesgo de terminar en el terreno de discusiones estériles sobre cuestiones tales como la diferencia entre motivo principal y uno de los motivos principales de una transacción. Como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo del Reino Unido (Sentencia de 10 de junio de 2015, UK Supreme Court, caso *Pendragon* [2015] UKSC 37), normalmente una planificación fiscal descansa en un conjunto de operaciones en las que concurren motivos fiscales y económicos. Aplicando la doctrina del TJUE en *Halifax*, el Tribunal Supremo del Reino Unido advierte que la cuestión radica no en saber cuál es el motivo del conjunto de las operaciones sino en determinar si tales operaciones se han llevado a cabo por un camino que en algún punto responde a una pura razón fiscal. La cuestión consiste pues en determinar si las razones económicas son suficientes para explicar las características peculiares de aquellos negocios o acuerdos que dan lugar a una ventaja fiscal. Por lo tanto, en operaciones con justificación económica puede suceder que ciertos eslabones de la transacción resulten abusivos por ser artificiosos y haber sido incluidos con el exclusivo propósito de obtener una ventaja fiscal extraña al complejo negocial en su conjunto

²²⁶ Por otra parte, conviene recordar que la referencia a un montaje puramente artificial, en la doctrina que deriva de la Sentencia del TJUE en el caso *Cadbury-Schweppes*, se matizó luego en la Sentencia del caso *Part Service* de 21 de febrero de 2008, admitiendo el abuso cuando el propósito fiscal es uno de los principales propósitos aunque el complejo negocial pueda obedecer también a otras razones que no llegan a justificarlo.

Ver en este sentido: F.J.G.M. Vanistendael, “Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?; 70 *Bulletin for International Taxation* 3, Journals IBFD, 2016.

desproporcionada y ajena a la evolución en particular de la doctrina del TJUE²²⁷.

En general, la aplicación de una norma antielusión da lugar a la aplicación de la norma o del bloque normativo afectados como si los negocios abusivos no hubieran tenido lugar. Se trataría de restablecer la situación que hubiera existido de no mediar el abuso, resultando desproporcionada una reacción que supone una especie de sanción encubierta. En términos de un CDI, si la transacción abusiva ha pretendido caracterizar una renta como dividendo cuando sería un interés, la norma antielusión propuesta conduciría a negar la aplicación de los beneficios del CDI en su conjunto, en lugar de negar la aplicación del artículo sobre dividendos y aplicar el correspondiente a intereses.

Ante las críticas recibidas, de nuevo los comentarios han acudido a completar la norma prevista. El apartado 16 de los comentarios admite que ciertos Estados puedan preferir una solución más proporcionada. No obstante, en una línea muy propia de varias acciones de BEPS, esta solución se construye sobre la base de una decisión de la Autoridad competente del Estado afectado si bien en un marco doméstico como el español habría que entender que, introducido este apartado para completar la norma antielusión, la Administración debería aplicar los beneficios del CDI que hubieran correspondido de no mediar la transacción abusiva. En esta línea va el Instrumento Multilateral, como luego veremos.

5.3.1.3.- Pues bien, ante los resultados alcanzados por la OCDE en el desarrollo del plan BEPS, la Comisión Europea reacciona con su paquete de medidas de enero de 2016²²⁸. Este llamado “*anti tax avoidance package*” tiene

²²⁷ Ver la crítica en este punto de Andrés Báez Moreno; op. cit. en nota 223.

²²⁸ Este paquete de enero de 2016, viene precedido y promovido por las conclusiones de la reunión del ECOFIN de 8 de diciembre de 2015. De acuerdo con las Conclusiones del Consejo sobre fiscalidad de las empresas y en relación con la erosión de la base imponible y traslado de beneficios, el Consejo acoge con satisfacción las conclusiones del Plan de acción de la OCDE sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, aprobado poco antes por los ministros de Finanzas del G20 en Lima, Perú, el 8 de octubre de 2015 y por los jefes de Estado del G20 en Antalya, Turquía, los días 15 y 16 de noviembre de 2015 (punto 6 de las conclusiones) y considera (punto 12) que las directivas de la UE deberían ser, cuando proceda, el medio preferido para aplicar las conclusiones del proyecto BEPS de la OCDE en la UE, a fin de garantizar tanto la seguridad jurídica como la proporcionalidad en el nivel de armonización requerido por el mercado único. En consecuencia, en los puntos 17 a 19 de las conclusiones, el Consejo expone lo siguiente:

17. RECUERDA que las conclusiones del proyecto BEPS de la OCDE sobre las acciones 2 (mecanismos híbridos), 3 (normativa sobre sociedades extranjeras controladas), 4 (normativa sobre limitación de intereses), 6 (normativa general contra las prácticas abusivas), 7 (estatuto de establecimiento permanente) y 13 (información por países) podrían aplicarse, tras un análisis técnico adicional, a través de propuestas legislativas que se centren en los aspectos internacionales de la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, sin impedir la aplicación por los Estados miembros de otras disposiciones nacionales o

un contenido complejo que va a incluir en principio las siguientes medidas o acciones:

a) En primer lugar, el paquete incorpora dos propuestas de directiva, una para establecer normas contra ciertas prácticas fiscales abusivas y otra para modificar la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, con el fin de establecer un sistema de intercambio automático de información entre los Estados miembros sobre la información recibida de las empresas multinacionales mediante el llamado “*country by country report*” (CCB).

b) Por otra parte, la Comisión formula una recomendación²²⁹ sobre medidas para evitar la aplicación abusiva de los convenios de doble imposición y efectúa una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre una estrategia global para una fiscalidad efectiva, con la pretensión de revisar los criterios de gobernanza fiscal, promover la cooperación con terceros países y permitir la elaboración de una lista de terceros países no cooperativos²³⁰.

Todas estas medidas se centran en el Impuesto sobre Sociedades de las grandes empresas con el fin de atajar un problema de elusión fiscal con serias implicaciones recaudatorias en palabras de los responsables de la Comisión.

basadas en convenios cuyo objeto sea la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios;

18.INVITA, por tanto, a la Comisión a que presente una propuesta sobre estos aspectos internacionales que tenga plenamente en cuenta los trabajos realizados sobre estas cuestiones en el marco de los expedientes legislativos en curso, especialmente en materia de la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIIS);

19.OBSERVA que se plantea la introducción de una cláusula conjunta contra las prácticas abusivas en el contexto de la refundición de la Directiva sobre intereses y cánones, tras la introducción de una cláusula similar en la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, especialmente sobre la base de las conclusiones sobre la acción 6 del proyecto BEPS de la OCDE...

²²⁹ C(2016) 271final

²³⁰ La Comisión incluía en este conjunto de medidas una Comunicación general y un documento de trabajo de los servicios de la Comisión, así como un estudio o “*working paper*” sobre la planificación fiscal agresiva que pretendía describir estructuras habituales que merecen esta calificación en los diferentes Estados miembros. La Comisión, además, pone las medias anteriores en contexto con referencia no sólo al plan BEPS de la OCDE sino a otros proyectos de la Comisión entre los que destaca el relanzamiento de la directiva sobre base imponible consolidada común

En realidad, este paquete de medidas fiscales enlaza con tres previas actuaciones de la Comisión europea²³¹:

- a) En primer lugar, encontramos la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, de 18 de marzo de 2015²³², sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales.
- b) En segundo lugar, el plan de acción presentado el 17 de junio de 2015, por la propia Comisión para un impuesto sobre sociedades más equitativo y más eficiente en la Unión Europea. Este plan de acción apuntaba al relanzamiento del proyecto de base imponible consolidada común tal vez sin elemento de consolidación pero como una armonización de las normas de determinación de la base imponible en el impuesto sobre sociedades. Y, por otra parte, apoyaba la idea de transparencia tanto en relación con el intercambio de información sobre “*tax rulings*”, previsto en la Comunicación de marzo, como en la posibilidad de hacer pública la información sobre la fiscalidad de las compañías multinacionales en cada país.

Fruto de estas iniciativas, surge ya en marzo de 2015 la propuesta de directiva sobre intercambio de información que desembocará en la Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo, de 8 de diciembre de 2015, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. Como es sabido, esta directiva afecta a los llamados “*tax rulings*”, entendidos tal y como son definidos en la directiva y denominados como acuerdos previos con efecto transfronterizo y acuerdos previos sobre precios de transferencia.

- c) Finalmente, el 5 de diciembre de 2015, la Comisión lanza una propuesta separada de directiva sobre la base imponible consolidada común²³³, recogiendo aquellas medidas que la Comisión considera consecuencia de la necesidad de evitar la erosión de las bases imponibles y la transferencia de beneficios. Entre tales medidas, la propuesta de directiva incluye, en su artículo 5º, una norma antiabuso, que se separa del precedente representado por el artículo 80 de la propuesta de 2011 para inspirarse en la norma que poco antes se había incorporado a la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados

²³¹ En relación con la génesis de la Directiva 2016/1164 o Directiva ATAD, pueden consultarse los comentarios de RIGAUT en: Aloys Rigaut; “Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”; *European Taxation*, noviembre 2016; páginas 497 y siguientes.

²³² COM(2015) 136 final

²³³ Documento 14544/15.

miembros diferentes, la llamada Directiva matriz-filial, modificada en este punto por la ya mencionada Directiva 2015/121/UE, de 27 de enero de 2015.

A continuación, cuando llega el paquete fiscal antielusión de enero de 2016, surgen a nuestros efectos tres tipos de medidas de carácter normativo:

- a) En primer lugar, encontramos una serie de medidas recogidas en la propuesta de directiva por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior²³⁴. Esta propuesta de directiva reviste especial importancia a nuestros efectos pues incorpora una norma general antielusión basada de nuevo en las doctrinas de la sustancia económica y los motivos económicos válidos como justificación no fiscal de las operaciones²³⁵. Esta propuesta dará lugar a la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.
- b) En segundo lugar, el paquete de enero de 2016 incluye la citada Recomendación sobre medidas para evitar el abuso de los convenios de doble imposición en la que se propone una cláusula general antielusión similar, a incorporar en tales convenios para evitar la aplicación abusiva de los mismos.
- c) Y, finalmente, encontramos la propuesta de Directiva que supone una nueva modificación de la Directiva de 2011 sobre cooperación administrativa y que desembocará en la Directiva (UE) 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio

²³⁴ La citada propuesta de directiva incorpora una restricción en la deducción de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, regula el “*exit tax*” con un devengo del impuesto en caso de traslado de residencia de entidades o transferencia de establecimientos permanentes, limita la exención de los dividendos de fuente extranjera o de las rentas de establecimientos permanentes, procedentes de terceros Estados, exigiendo un tipo nominal del impuesto sobre sociedades en el Estado de localización de la filial o del establecimiento permanente de al menos el 40 por 100 del tipo del Estado de la matriz o casa central y, por último, incorpora una norma sobre instrumentos o entidades híbridas para evitar supuestos de doble no imposición o de doble deducción como consecuencia de la utilización de estas figuras en ciertas planificaciones fiscales.

²³⁵ El preámbulo de la directiva funda la procedencia de la misma en el compromiso de los Estados miembros, como miembros de la OCDE, para aplicar los resultados de las 15 acciones contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (plan BEPS), hechas públicas el 5 de octubre de 2015. El buen funcionamiento del mercado interior requiere que los Estados miembros cumplan los compromisos que han adquirido en virtud del proyecto BEPS y, más en general, que adopten medidas destinadas a desalentar las prácticas de elusión fiscal y garantizar una fiscalidad justa y eficaz en la Unión de manera suficientemente coherente y coordinada.

de información en el ámbito de la fiscalidad, en relación con el ámbito de aplicación y condiciones del intercambio automático obligatorio de información sobre el informe país por país. Por otra parte, y paralelamente, el 12 de abril de 2016, la Comisión presenta una propuesta de directiva, de modificación de la Directiva 2013/34/UE, sobre la divulgación de información relativa al impuesto de sociedades por parte de determinadas empresas y filiales, en materia pues de transparencia financiera en relación con ciertos datos fiscales.

5.3.1.4.- Como ya hemos anticipado, desde el punto de vista de las normas antielusión, son dos las medidas normativas destacables en el paquete presentado por la Comisión en enero de 2016. Por un lado, entonces aparece una propuesta de directiva que incluye entre otras medidas supuestamente antiabuso, una norma general antielusión. Por otro lado, y separándose en parte, de los criterios seguidos por la Comisión Europea en la propuesta de Directiva, se aprueba una Recomendación de la Comisión del mismo día 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales.

Esta Recomendación obedece directamente a la acción 6 del plan BEPS e incorpora la norma antiabuso propuesta por la OCDE. A tal efecto, la Recomendación señala lo siguiente²³⁶:

2. Norma general contra la evasión fiscal basada en una prueba del objetivo principal

En caso de que los Estados miembros, en los convenios fiscales celebrados entre sí o con terceros países, incorporen una prueba del objetivo principal basada en una norma general contra la evasión fiscal en

²³⁶ La redacción en lengua inglesa de la norma es la siguiente:

Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that it reflects a genuine economic activity or that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.

Recordemos que la redacción de la norma propuesta en la acción 6 del plan BEPS es la siguiente en lengua inglesa:

7. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.

aplicación de la plantilla facilitada en el Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, se invita a los Estados miembros a que incluyan en ella la siguiente modificación:

«Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Convenio, no se concederá ningún beneficio con arreglo al presente Convenio con respecto a ningún ingreso o capital si se puede concluir razonablemente, habida cuenta de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de dicho beneficio era uno de los principales objetivos de cualquier acuerdo o transacción que haya dado lugar, directa o indirectamente, a tal beneficio, a menos que se demuestre que refleja una actividad económica auténtica o que la concesión de tal beneficio en las circunstancias del caso sería conforme con el objetivo y la finalidad de las disposiciones pertinentes del presente Convenio.».

La norma propuesta en la Recomendación llama la atención por los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, es llamativo que la Unión Europea proponga simultáneamente dos normas antiabuso cuya redacción no coincide sin explicar claramente las razones de las discrepancias, menores pero significativas. Dicho de otro modo, si nos hallamos ante cláusulas que descansan en la doctrina de la sustancia económica y de la justificación económica de las operaciones, no es fácil apreciar qué matices deben tenerse en cuenta según que una norma de estas características se aplique en relación con el impuesto sobre sociedades o con la aplicación de un CDI. Además, la norma antiabuso general podría convivir con normas antiabuso de Derecho nacional con otro origen pero difícilmente con normas nacionales “matizadas” con el mismo fundamento teórico último.
- b) Podría pensarse que la razón de las discrepancias se encuentra en la acción 6 del plan BEPS. La Recomendación recogería la norma propuesta por la OCDE restringiendo su aplicación al ámbito propio de la acción 6 que es el abuso de convenio. Y la propuesta de Directiva se apartaría significativamente de esa redacción a la hora de recoger ya una norma antiabuso general.
- c) Sin embargo, la Recomendación tampoco se ajusta a la norma antiabuso recogida en la acción 6 de BEPS. La Recomendación propone una norma que reproduce en la versión inglesa la prevista en la acción 6 de BEPS pero añadiendo el inciso “[u]nless it is established that it reflects a genuine economic activity” (a menos que se demuestre que refleja una actividad económica auténtica). Es decir, la Unión Europea considera crucial matizar el texto propuesto por la OCDE en la línea de los propios comentarios recogidos en el

documento definitivo de la acción 6, de tal manera que el acuerdo o transacción no podrá considerarse abusivo no sólo cuando sea coherente con la finalidad del CDI sino asimismo cuando refleje una realidad económica auténtica, es decir, cuando pueda probarse una justificación económica de los mismos.

- d) Por supuesto, la Recomendación ha de tomarse teniendo en cuenta su diferente valor jurídico en el Derecho de la Unión así como el hecho de que la norma recomendada debería incorporarse a convenios celebrados con terceros Estados con los que será necesario en definitiva acordar la redacción del CDI.

5.3.2 La norma antiabuso del artículo 6º de la Directiva ATAD

5.3.2.1.- En cualquier caso, la norma central a nuestros efectos va a ser el artículo 6º de la Directiva 2016/1164, de 12 de julio de 2016²³⁷, la llamada coloquialmente Directiva ATAD, por las siglas de la expresión en inglés “*anti tax avoidance directive*”, oficialmente directiva por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. En la versión final de la directiva, la norma general antielusión o norma antiabuso aparece en el artículo 6º, que se corresponde con el artículo 7º de la propuesta inicial²³⁸.

²³⁷ Publicada en DOUEL núm. 193 de 19 de Julio de 2016. De acuerdo con el artículo 11 de la Directiva 2016/1164, la trasposición de la misma se llevará a cabo a más tardar para el 31 de diciembre de 2018, siendo de aplicación las normas nacionales correspondientes a partir del 1 de enero de 2019.

²³⁸ La propuesta de directiva presentada el 28 de enero de 2016 va a ser objeto de una tramitación acelerada fruto de la influencia del plan de acción BEPS y del momento político y la sensibilidad social sobre cualquier cuestión que afecta a la lucha contra la evasión o la elusión fiscal. La Unión Europea alcanzó un acuerdo para la aprobación de la Directiva el 20 de junio de 2016, por el sistema de aprobación tácita, al no manifestar ya ningún Estado su oposición al texto que surgió del ECOFIN del 17 de junio.

La redacción final de la directiva incluyó modificaciones de calado sobre la propuesta presentada el día 28 de enero de 2016. Sobre todo, va a desaparecer de la directiva la norma que afectaba a la exención de dividendos y ganancias de capital procedentes de filiales no residentes o rentas de establecimientos permanentes, la llamada cláusula de inversión o “*switch-over clause*”. De acuerdo con esta norma, esta exención dejaba de ser aplicable cuando la entidad o el establecimiento permanente se encontrasen en un Estado o territorio con un tipo legal del impuesto sobre sociedades inferior al 40 por 100 del tipo impositivo legal del Estado de residencia de la matriz o casa central. Este criterio exigía en el caso de España una tributación mínima del 10 por 100, como ya prevé el artículo 21 de la LIS, pero sin admitir la convalidación del requisito existiendo un Convenio de Doble Imposición. Sin duda, la exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera es una cuestión central en la política fiscal de los Estados. Por esta razón, el debate en torno a la propuesta de directiva no permitió alcanzar un consenso sobre este aspecto concreto que desaparece del texto finalmente aprobado. Ante la oposición de algunos Estados la norma ha desaparecido de la directiva, la cual pues contiene sólo cinco medidas:

- a) Una regla de limitación de la deducción de intereses, consolidando el carácter general de dicha limitación con independencia de la fuente de la financiación.

Para analizar la norma general antiabuso contenida en la directiva, creemos necesario comenzar exponiendo el texto tanto de la propuesta de directiva de enero de 2016 como de la directiva finalmente aprobada.

5.3.2.2.- La propuesta de Directiva incorporaba, pues, en su artículo 7º entonces una norma general antielusión o “*general anti-abuse rule*” o GAAR, en la versión en lengua inglesa, que en la versión española va a recibir la denominación de “norma general contra las prácticas abusivas”.

Según la motivación de la propuesta de directiva, <<[e]sta NGCPA se ha diseñado para colmar las lagunas que puedan existir en las normas específicas de un determinado país para combatir la elusión fiscal. Dicha norma otorgaría a las autoridades la facultad de denegar a los contribuyentes la posibilidad de beneficiarse de esos arreglos fiscales abusivos. De conformidad con el acervo, la NGCPA propuesta se ha concebido de manera que refleje las pruebas sobre artificialidad del TJUE cuando se aplique dentro de la Unión>>. Y de acuerdo con el apartado 9 del preámbulo de la Directiva propuesta, <<[l]as normas generales contra las prácticas abusivas (NGCPA) se incluyen en los sistemas impositivos para hacer frente a las prácticas fiscales de este tipo que todavía no se han abordado a través de disposiciones específicas. Así pues, dichas normas generales tienen como función colmar las lagunas existentes y no deberían afectar a la aplicabilidad de las normas específicas de lucha contra el fraude. Dentro de la Unión, la aplicación de las NGCPA debe circunscribirse a los mecanismos «puramente artificiales» (falseados); dicho de otro modo, el contribuyente debe tener derecho a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales. Además, es importante garantizar la aplicación de las normas generales en situaciones de ámbito nacional, dentro de la Unión y en relación con terceros países de manera uniforme, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran>>.

De acuerdo con el artículo 7º de la Directiva propuesta, la norma general antielusión o contra las prácticas abusivas, tenía la siguiente redacción:

Norma general contra las prácticas abusivas

1. Un arreglo o una serie de arreglos falseados efectuados con el propósito fundamental de obtener una ventaja fiscal en detrimento del objeto o la finalidad de las disposiciones tributarias aplicables no se

-
- b) Una regulación del llamado impuesto de salida.
 - c) Una norma general antiabuso.
 - d) Una “CFC legislation” armonizada, es decir un sistema armonizado de transparencia fiscal internacional para sociedades extranjeras controladas.
 - e) Y, finalmente, normas sobre instrumentos o entidades híbridas.

tendrán en cuenta a efectos de cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto de sociedades. Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

3. Cuando un arreglo o una series (sic) de arreglos no sean tenidos en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará atendiendo a la realidad económica, con arreglo a la legislación nacional²³⁹.

La versión en lengua inglesa de este artículo 7º tenía la siguiente redacción²⁴⁰:

General anti-abuse rule

1. Non-genuine arrangements or a series thereof carried out for the essential purpose of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of the otherwise applicable tax provisions shall be ignored for the purposes of calculating the corporate tax liability. An arrangement may comprise more than one step or part.

2. For the purposes of paragraph 1, an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality.

3. Where arrangements or a series thereof are ignored in accordance with paragraph 1, the tax liability shall be calculated by reference to economic substance in accordance with national law.

²³⁹ Los subrayados añadidos resaltan los aspectos de la norma donde hallaremos las diferencias con la redacción final más notables.

²⁴⁰ La versión de la norma en lengua francesa es la siguiente:

Clause anti-abus générale

1. Les montages non authentiques ou séries de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions fiscales normalement applicables ne sont pas pris en compte aux fins du calcul de la charge fiscale des sociétés. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

2. Aux fins du paragraphe 1, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

3. Lorsqu'un montage ou une série de montages n'est pas pris en compte conformément au paragraphe 1, la charge fiscale est calculée sur la base de la substance économique conformément à la législation nationale.

5.3.2.3.- Aprobada la Directiva 2016/1164/UE, el artículo 6º de la misma es el llamado ahora a recoger la norma general contra las prácticas abusivas. El precepto tiene la siguiente redacción:

Artículo 6 Norma general contra las prácticas abusivas

1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no se tenga en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional.

La versión en lengua inglesa de la norma es la siguiente:

Article 6 General anti-abuse rule

1. For the purposes of calculating the corporate tax liability, a Member State shall ignore an arrangement or a series of arrangements which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of the applicable tax law, are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances. An arrangement may comprise more than one step or part.

2. For the purposes of paragraph 1, an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality.

3. Where arrangements or a series thereof are ignored in accordance with paragraph 1, the tax liability shall be calculated in accordance with national law²⁴¹.

²⁴¹ La versión de artículo 7º de la Directiva 2016/1164/UE en lengua francesa es la siguiente:

Clause anti-abus générale

Por otra parte, la Directiva aprobada incluye un apartado 11 en su preámbulo que no coincide exactamente tampoco con la redacción que tenía el apartado 9 de la directiva propuesta. Este apartado contiene consideraciones de especial interés por lo que consideramos conveniente reproducirlo íntegramente:

(11) Las normas generales contra las prácticas abusivas se incluyen en los sistemas impositivos para hacer frente a las prácticas fiscales de este tipo que todavía no se hayan abordado a través de disposiciones específicas. Así pues, dichas normas generales tienen como función colmar las lagunas existentes y no deben afectar a la aplicabilidad de las normas específicas de lucha contra el fraude. Dentro de la Unión, esas normas generales deben aplicarse a los mecanismos considerados falseados; en otros casos, el contribuyente debe tener derecho a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales. Además, es importante garantizar la aplicación uniforme de esas normas generales en situaciones de ámbito nacional, dentro de la Unión y en relación con terceros países, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran. No debería impedirse a los Estados miembros aplicar sanciones cuando sean aplicables dichas normas generales. A la hora de evaluar si debe considerarse que un mecanismo está falseado, podría permitirse a los Estados miembros considerar todos los motivos económicos válidos, incluidas las actividades financieras²⁴².

5.3.2.4.- Nos hallamos pues ante una norma general antielusión o antiabuso llamada sin duda a tener una gran importancia en los próximos años, aunque no sea hoy menos cierto que la redacción que la norma presenta es tan abierta que resulta difícil predecir cuál será su interpretación dominante y en qué medida esa interpretación será uniforme en los diferentes Estados miembros.

1. Aux fins du calcul de la charge fiscale des sociétés, les États membres ne prennent pas en compte un montage ou une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

2. Aux fins du paragraphe 1, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

3. Lorsqu'un montage ou une série de montages n'est pas pris en compte conformément au paragraphe 1, la charge fiscale est calculée conformément au droit national.

²⁴² De nuevo, los subrayados añadidos tratan de poner de relieve las partes del texto en las que el apartado 11 del preámbulo de la Directiva difiere de la redacción incorporada al apartado 9 del preámbulo de la propuesta de directiva con el que se corresponde.

En primer lugar, la norma parece querer satisfacer múltiples propósitos. Por un lado, la norma responde a la filosofía de la acción 6 del plan BEPS, si bien lo cierto es que esta acción 6 sólo se refiere propiamente al abuso en la aplicación de los convenios de doble imposición, objetivo al que responde la Recomendación de la Comisión de 28 de enero de 2016.

Por otro lado, la norma trata de codificar o de recoger una codificación respetuosa con la doctrina del TJUE, el cual, como hemos expuesto con anterioridad, ha construido a lo largo de los años una verdadera norma antielusión de creación judicial a partir de la figura del abuso de derecho.

Finalmente, la norma antiabuso se inscribe en un paquete más amplio y en una directiva que también responde al deseo de avanzar en la armonización del impuesto sobre sociedades. Como dice CALDERON CARRERO (2016), <<[e]l Paquete Anti-Elusión Fiscal elaborado por la Comisión resulta compatible y en cierta medida podría formar parte o constituir un instrumento del programa para el relanzamiento del proyecto de Base Imponible Común Consolidada, que se concibe como la solución holística y global a tal problemática (BEPS) en la UE, toda vez que un cierto número de medidas recogidas en el referido paquete constituyen piezas relevantes del modelo de base imponible común. En este sentido, la Comisión podría estar utilizando instrumentalmente buena parte de la retórica y andamiaje jurídico (Soft-law) del Proyecto OCDE/G20 BEPS para alcanzar indirectamente un objetivo distinto y de mayor alcance como es la armonización de la base imponible del IS a nivel europeo, lo cual conllevaría una importante cesión de soberanía fiscal por parte de los Estados miembros. De hecho, las medidas propuestas en el Paquete Anti-Elusión Fiscal de la Comisión tienen una fuente u origen dual, en el Proyecto BEPS y en los trabajos desarrollados en relación con la propuesta de Directiva de Base Imponible Común Consolidada>>²⁴³. Y el autor citado añade que la Comisión podría ver el proyecto BEPS como una oportunidad para poner en marcha su propia “agenda fiscal”. Es más, a su juicio, y compartimos su opinión, las diferencias entre la OCDE y la Comisión en materia de precios de transferencia son evidentes de tal modo que el relanzamiento del proyecto de Base Imponible Común Consolidada sería un instrumento para superar los problemas identificados en el proyecto BEPS para el que podrían servir como palanca la aplicación de determinadas acciones del plan BEPS como las incluidas en la Directiva 2016/1164²⁴⁴.

Por otra parte, la norma antiabuso sería aplicable exclusivamente en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades en el marco de una armonización de ciertas

²⁴³ José Manuel Calderón Carrero, “La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal”; *Quincena Fiscal*, número 6, marzo 2016; página 7.

²⁴⁴ J.M. Calderón Carrero, op. cit.; páginas 13 y 14

normas relativas al tributo a nivel de la Unión Europea²⁴⁵. Como se decía en la exposición de motivos de la propuesta de directiva, ésta pretendería responder a la acción 6 de BEPS y respetar la jurisprudencia del TJUE, de modo que la norma reflejase las pruebas sobre artificialidad del TJUE cuando se aplicase dentro de la Unión. Y como se dice en el preámbulo de la Directiva 2016/1164, la norma exige una aplicación uniforme en situaciones de ámbito nacional, dentro de la Unión y en relación con terceros países. La cuestión pues que suscita la norma es si tendría sentido la convivencia en un ordenamiento nacional de una norma que fuese trasposición de la Directiva y otras normas antielusión basadas en diferentes criterios jurídicos y aplicables a tributos diferentes del impuesto sobre sociedades. La respuesta inicial parecería ser favorable a una aplicación general de este tipo de normas en un sistema tributario²⁴⁶.

Este carácter general de una norma nacional de incorporación del artículo 6º de la Directiva conduce de inmediato a la necesidad de una interpretación uniforme de esa norma, con independencia de que esa interpretación guíe la aplicación de la norma en ámbitos armonizados o no armonizados. Así resulta además de la doctrina del TJUE especialmente en la Sentencia de 17 de julio de 1997 (C-28/95; caso Leur Bloem)²⁴⁷.

²⁴⁵ RIGAUT (2016) advierte que en la elaboración de la directiva se debatió inclusive su aplicación en el ámbito de las retenciones o “*withholding taxes*” propias de la fiscalidad internacional en el caso de rentas obtenidas por no residentes, quedando abierta esta cuestión para cada trasposición nacional de la directiva. En el caso español, en efecto, sería incierta la calificación del Impuesto sobre la renta de no Residentes.

Ver: Aloys Rigaut; op. cit. en nota 231.

²⁴⁶ El artículo 1º de la Directiva 2016/1164/UE circunscribe su aplicación al impuesto sobre sociedades, si bien el artículo 3 de la Directiva concibe la misma como una norma de mínimos sin perjuicio de normas nacionales o convencionales con un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades.

²⁴⁷ El apartado 32 de la Sentencia Leur-Bloem dice lo siguiente:

En efecto, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (véase, en este sentido, la sentencia Dzodzi, antes citada, apartado 37).

Ver en este sentido: Andrés Báez Moreno, “A pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the Dzodzi line of cases”; *British Tax Review*, 2016-2; páginas 143 a 151.

La norma antiabuso ha recibido, por otra parte, una redacción final que ofrece sutiles diferencias en relación con la redacción que la norma recibía en la propuesta de directiva. Tales diferencias²⁴⁸ son fundamentalmente tres:

- a) En primer lugar, donde antes se hablaba de arreglos “*con el propósito fundamental de obtener una ventaja fiscal*”, ahora se hace referencia en el artículo 6º de la Directiva a mecanismos establecidos “*teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal*”. Aparentemente, se abandona la tesis del propósito principal para aceptar que la obtención de la ventaja fiscal puede ser ese propósito principal o uno de los principales propósitos del negocio. De esta manera, el artículo 6º de la Directiva sigue la estela del precedente representado por el apartado 2 del artículo 1º de la Directiva matriz-filial, tras su modificación por obra de la Directiva 2015/121. Por otra parte, ciertamente, la Directiva habla de mecanismo o serie de mecanismos, donde antes se hablaba de arreglo o serie de arreglos²⁴⁹.
- b) En segundo lugar, la versión final de la Directiva, en el apartado 3 del artículo 6º, continua diciendo que la consecuencia del abuso es la exigencia de la deuda tributaria con arreglo a la legislación nacional, pero se suprime la exigencia recogida en la propuesta de directiva según la cual esa deuda tributaria se calcularía, atendiendo a la realidad económica, con arreglo a la legislación nacional²⁵⁰. A pesar de esa supresión, parece lógico pensar que la deuda se exigirá de acuerdo con la realidad económica de las operaciones llevadas a cabo. El propio TJUE, al menos en relación con el IVA, así lo ha

²⁴⁸ Algunas de estas modificaciones en el preámbulo de la Directiva parecen provenir de la Resolución de 8 de junio de 2016, adoptada por el Parlamento Europeo en la tramitación de la directiva. En esta resolución, entre otras cosas, se defiende la referencia a la obtención de la ventaja fiscal como uno de los propósitos principales del negocio o arreglo.

²⁴⁹ Surge así un problema de terminología de importancia no por menor menos evidente. Ni arreglos ni mucho menos mecanismos son expresiones habituales en la terminología legal española para hacer referencia a actos, negocios, operaciones o transacciones anómalas o abusivas. No es fácil saber por qué las expresiones “*an arrangement or a series of arrangements*” o “*un montage ou une série de montages*” se han traducido ahora por “mecanismo o serie de mecanismos”, cuando sin ir más lejos en la Directiva 2015/121/UE, de modificación de la Directiva matriz-filial, se utilizó la expresión “arreglo o serie de arreglos”, luego utilizada también en la propuesta de directiva de enero de 2016. O cuando la expresión “*artificial arrangement*”, empleada por el TJUE se había traducido por “montaje artificial”. Deberemos esperar a ver como se incorpora la norma a nuestro ordenamiento jurídico, donde hoy el artículo 15 de la LGT habla de actos o negocios. En todo caso, pensamos que la expresión mecanismos solo puede aludir a operaciones que constituyen en nuestro sistema jurídico actos o negocios.

²⁵⁰ RIGAUT (2016) señala que la omisión de la referencia a la realidad económica o *economic substance* se debió a la oposición de algunos Estados que desconocen en su ordenamiento interno esta noción. Por lo tanto, el texto final de la Directiva ha dejado esta cuestión en el ámbito de la transposición nacional.

Ver: Aloys Rigaut, op. cit.

entendido considerando que la existencia de abuso debe conducir al restablecimiento de la situación que hubiera existido de no producirse tal abuso²⁵¹.

- c) Por último, ha cambiado el párrafo del preámbulo relativo a la norma general antiabuso, que en la Directiva es el undécimo. En particular, la Directiva advierte que, dentro de la Unión, esta norma debe aplicarse a los “*mecanismos falseados*”, sin aludir, como se hacía en la propuesta, a los “*mecanismos puramente artificiales*”. Si difícil es saber la trascendencia, si la tiene, del cambio, más difícil es saber por qué se prescinde de la expresión que procede de la doctrina del TJUE. Pero, sobre todo, el apartado del preámbulo incluye un párrafo final, que ahora se añade, en el que, por un lado, se dice que nada debe impedir a los Estados miembros aplicar sanciones en estos casos y, por otro, que a la hora de apreciar la existencia de falsedad en el negocio o mecanismo, debería permitirse a los Estados miembros considerar todos los motivos económicos válidos, incluidas las actividades financieras. Difícil de nuevo es saber qué significa esta última referencia, sin que, por otra parte, nada se diga acerca de cómo conciliar la posibilidad de sanciones con la exigencia de una base legal clara y exenta de ambigüedad a la que se refiere el apartado 93 de la Sentencia Halifax del TJUE²⁵².

Por lo demás, la norma antiabuso continúa descansando en la misma clave, que no es otra que la existencia de un negocio o conjunto de negocios falseados. A estos efectos, nos hallaríamos ante un negocio falseado cuando éste tenga como principal propósito o uno de sus principales propósitos la obtención de una ventaja fiscal, que desvirtúa el objeto o finalidad de la normativa tributaria aplicable. En todo caso, tales negocios o mecanismos se considerarán falseados cuando no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

Nos hallamos, pues, ante una norma antiabuso que recoge la tradición del principio de la sustancia económica, como ocurre en el caso de la propuesta en la acción 6 del plan BEPS. En concreto, la redacción final se aproxima a la recogida en la acción 6, en la medida en la cual recoge la idea de que el abuso no exige que la razón fiscal sea la única y admite que el negocio tenga sólo como uno de sus principales objetivos o razones la obtención de una ventaja fiscal. Y, al mismo tiempo, la Directiva trata de sentar el límite de la justificación

²⁵¹ Ver apartados 92 y 98 de la Sentencia Halifax del TJUE de 21 de febrero de 2006.

²⁵² En la Resolución de 8 de junio de 2016 del Parlamento Europeo se proponía que los Estados miembros aprobasen normas con el objeto de precisar la noción de arreglo falseado cuando estos arreglos den lugar a sanciones, que, por otra parte, deberían ser aprobadas por los Estados comunicándolo a la Comisión.

económica de las operaciones. En suma, la norma antiabuso descansa sobre tres pilares:

- a) El negocio o conjunto de negocios o actos (o mecanismos) será abusivo cuando se realice con el fin de obtener una ventaja fiscal y ésta sea su razón principal o una de sus principales razones. Nos hallamos ante el test subjetivo del fin perseguido por el contribuyente aunque la prueba de este propósito deba resultar de circunstancias objetivas.
- b) No obstante, ese acto o negocio no será abusivo si se lleva a cabo por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica. Nos hallamos ante la tradición del “*business purpose test*”, de los motivos económicos válidos como justificación económica de la operación. La Directiva trata de contrapesar esta justificación con la idea de que la obtención de una ventaja fiscal puede ser uno de los principales propósitos pero no ha de ser la única razón de ser del negocio. Siendo difícil calibrar esta estructura normativa, parecería que la norma, interpretada a la luz de la doctrina del TJUE, conduce a excluir el abuso cuando existe y se prueba un motivo económico válido y real aunque hayan existido razones fiscales de la decisión empresarial. El verdadero problema, como ya hemos tenido ocasión de advertir, radica en que en operaciones complejas pueden existir razones económicas de la operación en su conjunto que no cubran ciertos eslabones del complejo negocio llevado a cabo.
- c) Por último, la norma de la Directiva mantiene el test objetivo de la jurisprudencia del TJUE que en realidad responde a una interpretación finalista de la norma tomada en este caso como justificación del negocio. Obviamente un acto o negocio no puede ser abusivo aunque responda a un fin fiscal, si responde a una opción legislativa o es coherente con la finalidad perseguida por la norma tributaria.

En todo caso, el preámbulo mantiene la noción central conforme a la cual el contribuyente debe tener derecho a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales. Por lo tanto, este principio sirve para reforzar la idea de la justificación económica de las operaciones como causa de exclusión del abuso, a la que responde el apartado 3 del artículo 6º de la Directiva. Ciertamente, el preámbulo de la Directiva omite la referencia expresa a la noción de artificialidad o artificiosidad, clave en la jurisprudencia del TJUE. Con ello la norma europea parece aproximarse a la acción 6 del plan BEPS, pero en realidad parece difícil no acabar entendiendo que la artificiosidad, presente en la doctrina del TJUE, es un requisito lógico de la ausencia de motivos económicos válidos.

Desde el punto de vista español, convendría posiblemente pensar que el centro de gravedad de la norma responde a los tres pilares anteriores y no a la expresión negocio o mecanismo falseado. De nuevo nos hallamos ante una expresión que tiene un significado impreciso en nuestra tradición jurídica. Si pensamos que falseado significa simulado, reduciríamos injustificadamente el ámbito de la norma; mucho más si pensamos que falseado implica algún tipo de falsedad. Por lo tanto, tal vez hubiera sido mejor decir simplemente que un negocio será abusivo cuando tenga entre sus razones principales la obtención de una ventaja fiscal, sin que ello responda a una interpretación finalista de la norma, salvo que exista una justificación económica del negocio realizado en la forma fiscalmente más eficaz. Si el negocio es abusivo por concurrir el doble test, será un negocio falseado en la terminología de la Directiva sin que ello tampoco signifique que la Directiva conduce exclusivamente al terreno español de la simulación.

Por lo tanto, en nuestra opinión, la Directiva acata BEPS matizando la propuesta de la acción 6, a la hora de recoger en el Derecho de la Unión una norma general antiabuso. El precepto de la Directiva sitúa en primer plano la posible justificación económica de las operaciones de tal manera que los negocios serán válidos y no se reputarán falseados cuando se hayan celebrado por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica. En este sentido, los negocios serán el reflejo de razones económicas “reales” o “verdaderas”, siendo por ello “*genuine transactions*” o “*genuine arrangements*”.

Para concluir, digamos que tanto la norma antiabuso de la Directiva ATAD como la contenida en la Recomendación de 28 de enero de 2016 pueden incorporarse sin dificultad al ordenamiento español. Es más, cabe entender que normas como las indicadas están ya incorporadas al ordenamiento español a través del artículo 15 de la LGT. La aplicación del llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria debería, a nuestro juicio, conducir a resultados idénticos a los que resultarían de aplicar estas normas y tal vez la dificultad estribaría en determinar, una vez más, como se combinan el artículo 15 de la LGT o estas normas antiabuso con la figura de la simulación.

Por este motivo, el efecto de la incorporación de estas normas al ordenamiento español podría ir referido más bien al debate sobre la conveniencia de unificar los diferentes instrumentos antielusión, recogidos en los artículos 13, 15 y 16 de la LGT, en una única norma antiabuso. La aplicación de la sanciones dependería de la apreciación de la culpabilidad en cada caso a la vista de la previsibilidad de la reacción de la Administración y de la razonabilidad de la conducta del contribuyente²⁵³. En todo caso, volveremos sobre estos puntos al

²⁵³ Incluso el procedimiento especial, previsto en el artículo 15 de la LGT para el conflicto en la aplicación de la norma tributaria podría mantenerse. Por un lado, el apartado 15 de los comentarios previstos para la norma de la acción 6 del plan BEPS, permite la aplicación por un Estado de sus normas domésticas relativas a la aplicación de las normas antiabuso de carácter general, cuando ese ordenamiento

abordar nuestras conclusiones finales tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la aplicación que en la misma se ha hecho de las normas antielusión existentes en nuestro ordenamiento.

5.4 Las últimas etapas normativas en esta evolución

Tras el documento definitivo de la acción 6 del proyecto BEPS y la Directiva 2016/1164, los caminos de la OCDE y de la Comisión Europea han seguido discurrendo en paralelo, con dos novedades relevantes. Por un lado, la Comisión europea ha presentado el 25 de octubre de 2016 dos nuevos textos llamados a reemplazar a la propuesta de directiva sobre base imponible consolidada común. La Comisión divide aquella propuesta de 2011 en dos textos relativos respectivamente a la base común del impuesto sobre sociedades y a la base imponible consolidada común²⁵⁴. Por otro lado, la OCDE ha presentado en noviembre de 2016 el texto acordado de convenio o tratado multilateral previsto en la acción 15 del plan BEPS, que ha quedado así abierto a la firma. El texto del Instrumento Multilateral va acompañado de una memoria o “*Explanatory Statement*”.

Por lo que se refiere a las propuestas de directivas relativas al impuesto sobre sociedades, la propuesta sobre base imponible común del Impuesto sobre Sociedades incluye una norma general antiabuso en su artículo 58²⁵⁵. El texto

sujeta la aplicación de esas normas a ciertos requisitos de forma o de procedimiento. Por otro lado, la Sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2015 (caso Surgicare; C-662-13) admite la compatibilidad de estas normas nacionales procedimentales con la aplicación de los principios que resultan de la jurisprudencia del TJUE en materia de abuso de derecho, incluso en materia de IVA.

²⁵⁴ Los textos de las dos propuestas presentadas en la misma fecha llevan como referencia respectivamente COM (2016) 685 final y COM (2016) 683 final.

Por otra parte, el mismo 25 de octubre de 2016, la Comisión presentó también una propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164, la llamada Directiva ATAD, en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. Esta propuesta fue aprobada por el Consejo en febrero de 2017.

²⁵⁵ El texto en lengua española de la norma es el siguiente (los subrayados son nuestros para indicar matices relevantes):

Artículo 58

Norma general contra las prácticas abusivas

1. A efectos del cálculo de la base imponible en virtud de las normas de la presente Directiva, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún arreglo o serie de arreglos que, por haberse establecido teniendo como propósito esencial la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la presente Directiva, resulten ser engañosos una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales arreglos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán engañosos en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

de esta norma responde al precedente del vigente artículo 6º de la Directiva 2016/1164. Únicamente se introducen dos modificaciones que suponen volver de nuevo a los debates habidos en la elaboración de la Directiva ATAD y al texto presentado por la Comisión en la propuesta de esta Directiva.

Así, el apartado primero del artículo 58 de la propuesta de Directiva sobre base imponible común del impuesto sobre sociedades habla de mecanismos, arreglos o “*arrangements*” cuyo “*essential purpose*” sea la obtención de una ventaja fiscal. En este debate lingüístico vamos desde la idea del propósito principal o uno de los propósitos principales a la del propósito esencial, como rezan estas expresiones en las versiones en lengua española de la Directiva ATAD y de la propuesta comentada respectivamente.

Por otra parte, el apartado tercero del citado artículo 58 vuelve a decir que la aplicación de la norma antiabuso conducirá a la exigencia del impuesto y al cálculo, pues, de la base imponible de acuerdo con la verdadera sustancia económica del negocio. Como ya hemos señalado, esta referencia a la idea de sustancia económica desapareció de la versión definitiva del artículo 6º de la Directiva 2016/1164.

Por último, en términos generales sorprende la facilidad con la que normas sucesivas casi idénticas y tan próximas en el tiempo incorporan ligeros matices que las diferencian siendo difícil saber la razón. Por supuesto, como sucede últimamente, tales matices se acrecientan por diferencias en la traducción. Así, es difícil saber por qué la expresión “*non genuine*”, entendida antes como “falseado”, se traduce ahora como “engañoso”, en relación con un arreglo o serie de arreglos.

-
3. Un arreglo o una serie de arreglos que no se tengan en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 serán tratados, a efectos de cálculo de la base imponible, por referencia a su contenido económico.

El texto en lengua inglesa de la norma es el siguiente:

Article 58

General anti-abuse rule

- 1. For the purposes of calculating the tax base under the rules of this Directive, a Member State shall disregard an arrangement or a series of arrangements which, having been put in place for the essential purpose of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of this Directive, are not genuine, having regard to all relevant facts and circumstances. An arrangement may comprise more than one step or part.*
- 2. For the purposes of paragraph 1, an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that they are not put in place for valid commercial reasons that reflect economic reality.*
- 3. Arrangements or a series thereof that are disregarded in accordance with paragraph 1 shall be treated, for the purpose of calculating the tax base, by reference to their economic substance.*

En cuanto a la OCDE, ésta ha decidido incluir las normas para evitar el abuso de convenio entre las que merecen la prioridad de generalización que supondrá en teoría su incorporación al Instrumento Multilateral previsto en la acción 15 del propio proyecto BEPS, acción cuyo documento final ya señalaba las normas antiabuso como posible contenido de este instrumento multilateral. Además, en este Instrumento Multilateral, las normas antiabuso forman parte del estándar mínimo relativamente protegido en el marco de las reservas previstas en el propio convenio multilateral.

Este Instrumento o convenio multilateral dedica así su parte o Título III al abuso de convenio. Este título comprende los artículos 6 a 11, dedicados al objeto o fin de los convenios de doble imposición, a evitar propiamente el abuso de convenio, al tratamiento de los dividendos en ciertos casos, a las sociedades de inmuebles, al tratamiento de las situaciones triangulares de los establecimientos permanentes y a la tributación de los propios residentes. A nuestros efectos, es el artículo 7º el que recoge la norma antiabuso de la acción 6 del plan BEPS, unida a la norma simplificada de limitación de beneficios²⁵⁶. La memoria o “*Explanatory Statement*” dedica al artículo 7º sus párrafos 88 y siguientes.

La norma general antiabuso comprende a su vez los apartados 1 a 4 del artículo 7º del Convenio multilateral²⁵⁷. El precepto parte de la norma ya

²⁵⁶ No obstante, hemos de destacar también la importancia del artículo 6º sobre el objeto o fin de los convenios de doble imposición en la medida en la cual reitera que ese fin es el de evitar la doble imposición sin dar lugar a supuestos de no imposición o tributación reducida como consecuencia del fraude o la elusión fiscal.

Ver en este sentido también la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de enero de 2015, en el caso Roberts Huitson.

²⁵⁷ La redacción en lengua inglesa de estos apartados es la siguiente:

1. Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude,

having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement.

2. Paragraph 1 shall apply in place of or in the absence of provisions of a Covered Tax Agreement that deny all or part of the benefits that would otherwise be provided under the Covered Tax Agreement where the principal purpose or one of the principal purposes of any arrangement or transaction, or of any person concerned with an arrangement or transaction, was to obtain those benefits.

3. A Party that has not made the reservation described in subparagraph a) of paragraph 15 may also choose to apply paragraph 4 with respect to its Covered Tax Agreements.

4. Where a benefit under a Covered Tax Agreement is denied to a person under provisions of the Covered Tax Agreement (as it may be modified by this Convention) that deny all or part of the

comentada y recogida en la acción 6 del plan BEPS añadiendo no obstante dos precisiones de interés a nuestros efectos.

En primer lugar, el apartado segundo del artículo 7º prevé que la norma se aplique en sustitución y en caso de que no existan normas antiabuso en los convenios bilaterales a los que resulte de aplicación en su día el convenio multilateral. Recordemos que el Instrumento Multilateral se aplica a los CDI bilaterales designados por los Estados signatarios del convenio multilateral. Por lo tanto, los Estados signatarios del convenio multilateral han de determinar los CDI bilaterales, incluidos en el ámbito del Instrumento Multilateral, que ya contienen una norma equivalente, sin que se aclare qué sucede en caso de discrepancia al respecto entre los Estados parte en un mismo CDI.

Por otra parte, el apartado cuarto del artículo 7º trae al texto del convenio, como opción para los Estados a tenor del apartado tercero inmediatamente anterior, la cuestión que se hallaba en los comentarios previstos en la acción 6 del plan BEPS y que no es otra que la relativa a los efectos de la aplicación de la norma antiabuso en relación con una operación o situación concreta. En principio, tal aplicación supone la privación de los beneficios derivados de la aplicación del convenio bilateral en relación con una persona o transacción. No obstante, la autoridad competente de cada Estado podrá reconocer tales beneficios u otros que procedan de acuerdo con el convenio, a solicitud del contribuyente, cuando esa autoridad competente entienda que tales beneficios hubieran resultado igualmente de aplicación en ausencia de la operación o transacción cuestionada. En su caso, este reconocimiento exigirá acudir al procedimiento amistoso antes de rechazar la solicitud hecha en este sentido a la autoridad competente de un Estado por una persona residente en el otro Estado contratante.

Por último, ha de tenerse en cuenta el sistema de reservas y opciones del Instrumento Multilateral, a estos efectos. Estas normas antiabuso forman parte del estándar mínimo lo que supone que los Estados signatarios del Instrumento Multilateral no pueden formular una reserva general excluyendo la aplicación

benefits that would otherwise be provided under the Covered Tax Agreement where the principal purpose or one of the principal purposes of any arrangement or transaction, or of any person concerned with an arrangement or transaction, was to obtain those benefits, the competent authority of the Contracting Jurisdiction that would otherwise have granted this benefit shall nevertheless treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that person and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement. The competent authority of the Contracting Jurisdiction to which a request has been made under this paragraph by a resident of the other Contracting Jurisdiction shall consult with the competent authority of that other Contracting Jurisdiction before rejecting the request.

de las mismas. No obstante, el artículo 7° da a los Estados signatarios varias opciones en relación con las normas para evitar el abuso de Convenio. En particular, un Estado puede optar por no aplicar la norma basada en el PPT, siempre que manifieste su propósito de incluir en sus CDI bilaterales una “*LOB provision*” detallada o completa junto a una norma sobre “*conduit financing structures*” o la propia norma basada en el PPT, cumpliendo así el estándar mínimo. Si un Estado no ejerce esta opción, que parece pensada sobre todo para el caso de Estados Unidos, deberá incorporar la norma sobre PPT o norma general antiabuso, pudiendo además aplicar la LOB simplificada. En todo caso, podrá optar por no aplicar ninguna de estas dos normas en el caso de CDI bilaterales incluidos en la esfera del Instrumento Multilateral que ya contengan una norma equivalente a cualquiera de ambas. Asimismo, como ya hemos advertido, podrá optar por aplicar la norma basada en el PPT, excluyendo la aplicación del apartado cuarto, del artículo 7° del Instrumento Multilateral, es decir, la norma sobre los efectos de la aplicación de la propia norma antiabuso.

6. CONCLUSIONES

6.1 La aplicación de las normas generales antielusión en el ordenamiento tributario español

A lo largo de las páginas anteriores hemos tratado de conocer cuál ha sido la aplicación de las normas antielusión o antiabuso en el ordenamiento tributario. Para ello, como ya hemos tenido ocasión de advertir, hemos partido de la premisa de que en los momentos actuales la principal fuente de conocimiento de los términos reales de esa aplicación se encuentra en la jurisprudencia que a lo largo de los años ha construido el Tribunal Supremo, la cual, por otra parte, debe ser vista hoy a la luz de la doctrina del TJUE y de la evolución más reciente de esta cuestión en el plano internacional. Así, pues, tras el examen de esa jurisprudencia y la construcción llevada a cabo en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho tributario internacional, dedicaremos las siguientes líneas a exponer, en un intento de síntesis, adónde se ha llegado, a nuestro juicio, en este camino de construcción legislativa, jurisprudencial y doctrinal de una normas generales antielusión.

Las llamadas normas generales antielusión se encuentran recogidas en la LGT 2003 y, más concretamente, entendemos que vendrían constituidas por los artículos 13, 15 y 16 de la LGT, completados por los principios generales sobre la interpretación de las normas tributarias a los que se refiere el artículo 12.1 de la LGT, remitiéndose a lo previsto en el artículo 3º del Código Civil. Estas normas antielusión presentan en el ordenamiento tributario español algunas características particulares que conviene resaltar.

La LGT no recoge una norma general antielusión única, que sería la definida en su artículo 15. Por supuesto, cabe sostener que sólo el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, recogido en ese artículo 15 de la LGT, constituye propiamente una norma general antielusión con una redacción coincidente con la atribuida hoy a otras normas semejantes en otros ordenamientos y en el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, por encima de otras consideraciones, las normas generales antielusión son aquellas dirigidas a evitar que la aplicación del sistema tributario en su conjunto quede distorsionada por la utilización de negocios artificiosos u otros actos de elusión fiscal. Este papel en España no ha sido desempeñado únicamente por el viejo fraude de ley al que ha sucedido el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Más bien, la Administración tributaria y los Tribunales de Justicia españoles han utilizado con ese fin los citados artículos 13, 15 y 16 de la LGT que, como es sabido, se refieren respectivamente a la recalificación de los negocios con arreglo a su verdadera naturaleza jurídica, al conflicto en la aplicación de la norma tributaria y a la simulación. En consecuencia, en el ordenamiento tributario español, resulta primordial saber no sólo cuándo un acto o negocio es abusivo y cae en el ámbito de aplicación de las normas antielusión, sino también cuál es en concreto la norma antielusión aplicable.

En esta tarea, la técnica de la recalificación es utilizada en un doble sentido. En general, se entiende que el artículo 13 de la LGT utiliza el término “calificación” en un sentido estricto y en cierto modo nominalista de forma que dicho precepto permitiría sólo recalificar aquellos negocios denominados incorrectamente a la vista del propio negocio celebrado y exteriorizado por las partes. No obstante, el término recalificación se ha utilizado con frecuencia en un sentido más amplio y ambiguo. Buena prueba de ello es la redacción del actual artículo 115.2 de la LGT, debida a la Ley 34/2015, conforme al cual la Administración tributaria podrá calificar los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que este último hubiera dado a los mismos y del ejercicio o periodo en el que la realizó, resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 16 de la misma LGT. Desde esta perspectiva, la facultad de recalificación se concibe como si fuera una norma antielusión única fruto de la agregación de las contenidas en los citados artículos 13, 15 y 16 de la LGT.

Sin embargo, el problema más trascendente reside en otro lugar. La Administración tributaria no ha podido construir durante estos años una práctica administrativa coherente a la hora de aplicar una u otra de las normas antielusión recogidas en la LGT. Por supuesto, esta tarea se ha visto obstaculizada por la propia dificultad intrínseca que encierra cualquier diferenciación entre las nociones de recalificación, simulación y abuso. Sin duda ello ha dado lugar a diferentes criterios según los momentos y los órganos actuantes en cada caso. Pero también podría pensarse que esa ambigüedad ha venido propiciada por dos factores relevantes.

Por un lado, los tribunales han aceptado ese uso alternativo de las normas antielusión, de modo que en numerosas ocasiones se han limitado a confirmar la reacción de la Administración tributaria con independencia de la norma antielusión empleada razonando de nuevo como si existiese en realidad una única norma antielusión consolidada basada en la artificiosidad de los negocios y el propósito fiscal de los mismos sin ninguna justificación económica distinta de la ventaja fiscal obtenida. Por otro lado, en ocasiones podría sospecharse que la elección entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria o fraude de ley ha venido condicionada por las consecuencias sancionadoras en juego, bien porque se entendiera la conducta merecedora de una sanción o bien por lo contrario.

Y es que en suma esa utilización indiferenciada de las diferentes normas antielusión siempre ha debido capear el problema de las diferentes consecuencias de la utilización de una u otra de aquellas, sobre todo en el terreno de las consecuencias sancionadoras. Y ha sido cuando estas consecuencias han entrado claramente en escena cuando se ha puesto de relieve que resulta difícil diferenciar entre simulación y conflicto en la aplicación

de la norma tributaria sobre todo cuando sólo de esa diferenciación se hace depender la existencia de una infracción tributaria o inclusive de una responsabilidad penal.

Por otro lado, terminando con este análisis de la situación actual en España, el Tribunal Supremo sí ha dejado claras algunas cosas.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha concebido el conflicto en la aplicación de la norma tributaria como una norma general antielusión que habría absorbido al viejo fraude de ley así como a otras técnicas antielusión como el negocio indirecto. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha recorrido este camino en cierto modo a la inversa. El Alto Tribunal ha interpretado el viejo fraude de ley como si fuese ya el nuevo conflicto en la aplicación de la norma tributaria, es decir, como si fuese ya una norma antielusión de nuevo cuño, pidiendo una justificación económica de las operaciones y rechazando las ventajas fiscales pretendidas mediante negocios con un propósito fiscal exclusivo o preponderante. Por lo tanto, el Tribunal Supremo ha entendido que en realidad fraude de ley y conflicto en la aplicación de la norma tributaria son instituciones coincidentes en su objetivo de normas de cierre contra el abuso o la elusión fiscal. Por lo tanto, el Alto Tribunal ha abandonado habitualmente el análisis propio del fraude de ley, basado en un conflicto de normas o en una interpretación normativa dirigida a determinar un abuso consistente en invocar una norma de cobertura en contra de la correcta interpretación de ésta y la norma que se pretendía eludir o de aquella en relación con el ordenamiento jurídicos en su conjunto. El Tribunal Supremo no sólo ha aceptado una concepción moderna del fraude en la que no existe propiamente una norma defraudada distinta o ha entendido el fraude de ley como una cuestión en realidad de pura interpretación finalista de la norma de cobertura y del conjunto del ordenamiento, sino que ha aceptado la metodología propia de las normas antielusión actuales que descasan en el análisis del fin del negocio y la prueba de los motivos económicos válidos que han llevado a celebrarlo.

En segundo lugar, esta misma metodología ha llevado a una alteración de las reglas de la carga de la prueba en relación con la aplicación de las normas generales antielusión. Tradicionalmente se había entendido que en la aplicación de estas normas, correspondería a la Administración la carga de probar la concurrencia de los presupuestos de hecho correspondientes. En particular, siempre se había entendido que correspondería a la Administración tributaria la carga de probar la existencia de simulación, como un hecho cuya prueba corresponde al que lo alega. Sin embargo, también desde siempre se había aceptado que la simulación podía probarse mediante presunciones y que la presencia de estos indicios provocaba un cierto desplazamiento en definitiva de la carga de la prueba. Esta idea se ha generalizado pues, en suma, en este campo como en todos los de aplicación del Derecho, las reglas sobre la carga de la prueba no actúan de una forma tan taxativa como frecuentemente se

afirma, sino más bien como reglas que determinan quién soporta la carga de aportar la prueba inicial de un hecho provocando en cierto modo un desplazamiento con ello de la carga de la prueba. Dicho de otro modo, acreditados los indicios que ponen de manifiesto la artificiosidad de unas operaciones y la finalidad y efectos fiscales de las mismas, cabe entender, incluso en términos de prudencia procesal y de facilidad probatoria, que corresponde a la otra parte, en este caso al obligado tributario, aportar una justificación razonable de las operaciones realizadas y probar los motivos económicos válidos de las mismas distintos de las ventajas fiscales obtenidas.

Por último, entre el legislador y el propio Tribunal Supremo han dejado claro los criterios de aplicación de la institución de la prescripción en relación con las normas antielusión. Si bien inicialmente, el Tribunal Supremo entendió que no cabía declarar en fraude de ley un negocio realizado en un periodo o ejercicio prescritos, ni siquiera en cuanto a sus efectos en periodos no prescritos, el Alto Tribunal rectificó en 2015 esta jurisprudencia entendiendo que sí cabía esta posibilidad. Al mismo tiempo, el legislador respaldó este mismo proceder con la redacción dada a los artículos 120.2 de la LIS y 115 de la LGT, tras la reforma de esta última en 2015.

De esta manera, el ordenamiento vigente permite que la Administración tributaria recalifique un negocio o aprecie la existencia de simulación o de un conflicto en la aplicación de la norma tributaria con independencia del tiempo transcurrido desde la celebración del acto o negocio cuestionado. Los efectos de la aplicación de la norma antielusión se limitarán a las liquidaciones correspondientes a tributos, periodos o ejercicios respecto de los cuales no haya prescrito el derecho de la Administración a liquidar, sin que pueda extenderse a los periodos o ejercicios respecto de los que ese derecho a liquidar haya prescrito aunque sean aquellos en los que se celebraron precisamente aquellos actos o negocios. No cabe pues propiamente hablar de imprescriptibilidad. Lo que realmente sucede es que los efectos de un negocio anómalo pueden ser corregidos si continúan en periodos no prescritos aunque el negocio se hubiera realizado en periodos prescritos. El ordenamiento vigente es claro a nuestro juicio en este sentido. Cuestión distinta es que esta solución afecte a principios constitucionales como la seguridad jurídica protegida en el artículo 9.3 de la Constitución. Como distintos son también los efectos que esta solución tenga en el terreno de la prueba pues el principio de facilidad probatoria también supone que se refuerce el deber de probar a cargo de la Administración cuando ésta cuestiona negocios realizados hace largo tiempo.

En cambio, el ordenamiento español es, a nuestro juicio, igualmente claro a la hora de impedir que la Administración cuestione un negocio por sus efectos posteriores si la propia Administración había comprobado el ejercicio o periodo en el que el negocio se realizó sin cuestionarlo. Tanto el principio de confianza

legítima como el valor de un acto declarativo de derechos impiden esta revisión de una previa decisión administrativa.

6.2 La cuestión en el Derecho de la Unión Europea

Como hemos tratado de exponer en las páginas anteriores, desde 2006, con los decisivas Sentencias recaídas en los casos Halifax y Cadbury Schweppes, el TJUE ha elaborado una verdadera doctrina antielusión de creación judicial en el ámbito fiscal. Esta doctrina del TJUE presenta también algunas particularidades notables que conviene resaltar ahora.

El TJUE se refiere aparentemente a una única norma antiabuso o antielusión general para emplear frente a cualquier acto o negocio que suponga abuso de derecho. El TJUE soslaya completamente distinciones como las recogidas en la LGT entre recalificación, simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria. No obstante, esta unicidad puede ser más aparente de lo que pensamos y tal vez encierre al menos dos sutiles diferenciaciones.

En primer lugar, la doctrina del TJUE descansa de hecho en la distinción entre elusión y evasión o fraude fiscal, es decir entre las nociones anglosajonas de “*tax avoidance*” y “*tax evasion*”, como ya se planteó en la Sentencia Direct Cosmetics. La doctrina del abuso de derecho se refiere a supuestos de elusión fiscal y no de verdadero fraude fiscal. Esa elusión fiscal surge cuando nos hallamos ante “montajes puramente artificiales, sin relación con la realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto o eludir la correcta aplicación de la ley fiscal”. Esta frase, en estos o parecidos términos, se ha convertido en una verdadera cláusula de estilo en numerosas sentencias del TJUE tanto a la hora de analizar posibles casos de elusión fiscal como cuando se trata de analizar la posible justificación de una restricción a una libertad fundamental si tal restricción pretende estar justificada por razones imperiosas de interés general relacionadas con la lucha contra la elusión o la evasión fiscal, en la ambigua terminología utilizada por el TJUE y afectada frecuentemente de problemas lingüísticos.

Ante supuestos de fraude fiscal, y no mera elusión fiscal, el discurso del TJUE es otro como sucede en las sentencias referidas a tramas de IVA u otros fraudes en operaciones transnacionales en este tributo. Cuestión distinta es que esta delimitación no esté exenta de dificultades y que el TJUE, sobre todo en ciertos casos transnacionales, no distinga tal vez adecuadamente entre unas y otras situaciones. Desde luego, la doctrina antiabuso del TJUE engloba supuestos que para nosotros podrían ser tanto de recalificación como de simulación o conflicto en la aplicación de la norma tributaria sin que, a nuestro juicio, ello suponga que todos los casos de elusión fiscal debieran ser reconducidos a nuestro artículo 15 de la LGT por exigencias de esta doctrina del TJUE.

Por otra parte, esta doctrina antielusión actúa desde diferentes perspectivas según que se aplique por el TJUE en casos puramente domésticos o en casos transnacionales en los que los intereses o valores en juego exijan analizar la posible justificación de la conducta del contribuyente en el ejercicio de una libertad fundamental reconocida por el propio Derecho de la Unión.

El TJUE habla de abuso de derecho, sin que en realidad esté hablando del ejercicio abusivo de un derecho subjetivo sino de un abuso en la configuración de los negocios u operaciones y en la aplicación e interpretación de la norma. Habla de un “*abuse of Law*”, no de un “*abuse of rights*”, siendo aquél en definitiva una noción próxima al fraude de ley y por ello al conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

La doctrina del TJUE está recogida en un conjunto de apartados de una serie de sentencias claves:

- a) En primer lugar, en los apartados 52 y 53 de la Sentencia Emsland-Stärke de 2000 y en los apartados 74 y 75 de la Sentencia Halifax de 2006²⁵⁸ se construye una norma antielusión basada en la concurrencia de dos elementos, un elemento objetivo y otro subjetivo. En realidad, el primero de estos dos elementos supone una interpretación finalista o teleológica de la norma, como requisito previo para determinar si el contribuyente se limitó a optar por la obtención de una ventaja fiscal que la norma ofrecía. Descartada esa cobertura, la doctrina del TJUE descansa en el elemento subjetivo, es decir en el propósito de obtener una ventaja fiscal, acreditado a partir de unos indicios objetivos que resultan de la propia naturaleza de los negocios. Este elemento subjetivo queda enervado cuando las operaciones tienen una justificación distinta de la mera obtención de una ventaja fiscal.
- b) Aunque sea una cuestión discutible, el TJUE parece exigir que la finalidad de obtener una ventaja fiscal sea la única o al menos una finalidad esencial de la transacción. En el apartado 62 de la Sentencia Part Service de 2008²⁵⁹, el TJUE, remitiéndose al apartado 81 de la Sentencia Halifax, afirma que la obtención de la ventaja fiscal debe constituir la finalidad esencial perseguida, sin perjuicio de que, además, existan eventualmente objetivos económicos inspirados en otras consideraciones empresariales.
- c) En el apartado 55 de la Sentencia Cadbury Schweppes de 2006, el TJUE vincula la noción de abuso de derecho a la noción de

²⁵⁸ Pueden citarse también los apartados 29 y 30 de la Sentencia Weald Leasing y el apartado 49 de la Sentencia RBS, ambas de 2010.

²⁵⁹ Ver también el apartado 49 de la Sentencia RBS.

artificialidad o artificiosidad, situada en aquellos montajes puramente artificiales que resultan de operaciones carentes de realidad económica efectuadas para obtener una ventaja fiscal o de transacciones realizadas fuera del marco de transacciones comerciales normales. Por esta misma razón, ya en el apartado 69 de la Sentencia Halifax, el TJUE excluía del abuso de derecho las operaciones habituales en el curso de un negocio y residenciaba las prácticas abusivas en las operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para obtener una ventaja fiscal más allá de la correcta interpretación de la norma de cobertura.

- d) El TJUE ha reconocido reiteradamente el derecho del contribuyente a organizar sus negocios u operaciones de la forma fiscalmente más ventajosa, de acuerdo con una interpretación finalista de la norma. En el apartado 53 de la Sentencia RBS de 2010, el TJUE advertía que los sujetos pasivos son libres de elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiadas para sus actividades económicas, también a efectos de limitar sus cargas fiscales. Esta afirmación, contenida asimismo en el apartado 27 de la Sentencia Weald Leasing también de 2010, se reitera en el apartado 42 de la Sentencia WebMindLicences de 2015, para decir de nuevo que, en cuanto a la cuestión de si la finalidad esencial de una operación se limita a la obtención de dicha ventaja fiscal, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos operaciones, no está obligado a optar por la que maximice el pago de un impuesto, el IVA en aquel caso, sino que, por el contrario, tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal.

Sobre estos mimbres, el TJUE ha construido en suma una norma antielusión de creación judicial, que expresada en los términos de los apartados 28 y 29 de la Sentencia Amplisientifica Amplifin de 2008 considera abusivas las operaciones que no se realizan en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para obtener abusivamente una ventaja fiscal, de forma que constituyen un abuso de derecho los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal. Por lo tanto, la doctrina del TJUE ha alumbrado una norma antielusión que descansa en una interpretación finalista y sistemática de las normas fiscales, como de cualesquiera otras, en el principio de sustancia económica de las operaciones y en la finalidad principal buscada en cada una de ellas por los operadores económicos.

Esta misma idea es la que se halla tras la codificación que suponen las normas antielusión o antiabuso recogidas bien en el artículo 1º de la Directiva

2011/96/UE, la llamada Directiva matriz-filial, tras la Directiva 2015/121, de 27 de enero de 2015, o bien en el artículo 6º de la Directiva 2016/1164, de 12 de julio de 2016, completado por el apartado 11 del preámbulo de esta misma Directiva. Y otro tanto cabe decir de lo dispuesto en la acción 6 del proyecto BEPS y actualmente de lo previsto en el artículo 7º del Instrumento Multilateral de la OCDE.

Por este camino hemos llegado pues a un consenso en la redacción de este tipo de normas generales antiabuso. Los ordenamientos comparados se han conjurado, tanto en el plano internacional como en el puramente doméstico, para evitar que obtengan las ventajas fiscales pretendidas aquellas operaciones o negocios que sólo o principalmente se realicen para obtener tales ventajas sin una justificación económica o sin un motivo económico válido y sin que respondan a una interpretación correcta del ordenamiento tributario. Cosa distinta es que hayamos alcanzado el mismo consenso en cuanto a qué deba considerarse una interpretación correcta de las normas tributarias de acuerdo con su espíritu y finalidad, comenzando por los propios convenios de doble imposición. Y lo mismo cabe decir acerca de la diferente perspectiva que pueden tener los Estados y los operadores económicos acerca de cuáles pueden ser aquellos motivos económicos que justifiquen una operación o complejo negocio mas allá de las ventajas fiscales obtenidas.

6.3 Crítica de la situación actual de la aplicación de las normas antielusión en nuestro ordenamiento

Llegados a este punto, nos corresponde analizar la situación en su conjunto con el fin de alcanzar alguna conclusión crítica. Y, a nuestro juicio, debemos comenzar resaltando algunos aspectos que han cambiado durante los últimos años para permanecer.

En primer lugar, ha cambiado la percepción social del fraude y sobre todo, a nuestros efectos, de la elusión fiscal. La crisis económica ha acarreado un cambio en las percepciones políticas y ha supuesto una crisis fiscal de los Estados. De esta manera, ha calado la idea social de que la elusión fiscal ha puesto en manos de determinados contribuyentes la posibilidad de reducir sus obligaciones tributarias sin ninguna razón lógica o explicación razonable. Lo que pudo verse como una opción o un derecho del contribuyente, se percibe hoy como un abuso o una trampa de algunos en el reparto equitativo de las cargas fiscales. Sin duda, esta visión se ha propiciado en muchos casos desde los poderes públicos acuciados por una grave crisis fiscal y por una situación social en la que se percibe que la desigualdad económica ha aumentado sin que se haya ajustado ese reparto de las cargas públicas en consonancia.

Esta nueva realidad se ve con toda claridad en el caso de la llamada planificación fiscal internacional. Durante años, aunque hoy se niegue esta realidad, se admitieron como normales prácticas de planificación fiscal

internacional que hoy se consideran agresivas o abusivas. Los grupos de empresas de carácter multinacional se organizaron de forma que la distribución de sus beneficios globales se situaba en Estados o territorios con una mejor tributación en una proporción que no se correspondía con la creación de valor por parte de cada una de aquellas unidades económicas que constituían la compañía multinacional como un todo. Esa erosión o traslado de beneficios, como hoy se dice, se conseguía sobre todo como consecuencia del tratamiento de las operaciones transnacionales de financiación de cada compañía del grupo, por el régimen de las rentas obtenidas por la explotación de intangibles deslocalizados en ciertas jurisdicciones y por el funcionamiento en general de las reglas sobre precios de transferencia.

Por supuesto, esta planificación fiscal internacional no sólo fue fruto de las decisiones empresariales sino que pudo obedecer a los intereses económicos de diferentes Estados pero lo cierto es que se contempló como fruto de reglas técnicas difícilmente discutibles en el terreno de la valoración de las operaciones entre compañías de un mismo grupo. Y, sin embargo, a partir de 2008 todo cambió para llegar al Proyecto BEPS de la OCDE en 2013, que supuso el cuestionamiento de muchas de estas prácticas aunque sin llegar a negar el funcionamiento del sistema de precios de transferencia en sí mismo. Y hoy esto mismo está en cuestión después de campañas políticas que han pasado de demandar que los impuestos se paguen allí donde se genera valor, sin aclarar cómo se determinaría esta realidad económica, a sostener en definitiva un cambio radical de las reglas de la fiscalidad internacional.

En el caso de España, la Administración tributaria y los Tribunales de justicia españoles han actuado de acuerdo con lo que es habitual en España, es decir, asumiendo con rapidez y sin demasiado sentido crítico los criterios que vienen de fuera. Por lo tanto, hemos incorporado con enorme diligencia la nueva filosofía que técnicamente se ha incorporado al proyecto BEPS y nuestro Tribunal Supremo, como hemos tenido ocasión de ver, se he hecho ya eco de esa percepción social acerca de la existencia de una elusión fiscal intolerable, de una prácticas insolidarias de los grupos multinacionales y de los grandes contribuyentes y de la necesidad de evitar pues en la aplicación del ordenamiento tributario que se obtengan esas ventajas fiscales no deseadas por el legislador²⁶⁰. Todo ello incluso aunque en ocasiones el cambio de

²⁶⁰ Fuera del estricto campo de las normas antielusión, es muy ilustrativa la Sentencia de nuestro Alto Tribunal en el caso Dell, Sentencia de 20 de junio de 2016 (recurso de casación núm. 2555/2015). En esta Sentencia el Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 8 de junio de 2015 (recurso núm. 182/2012) aceptando la existencia de un establecimiento permanente en un caso de actuación principalmente a través de un agente. Y el Tribunal Supremo asume que su interpretación debe tener en cuenta <<[u]n escenario muy diferente al existente en el momento en el que surgen los Convenios de Doble Imposición, un mercado globalizado en el que las compañías multinacionales tratan de trasladar los beneficios obtenidos en otros Estados hacia uno de baja tributación>> (FD 5º).

paradigma haya chocado con la propia política fiscal española, ahora relegada, de incentivo de la internacionalización de las grandes empresas españolas.

Por supuesto, en el momento actual, esta evolución ha llegado mucho más lejos de lo que pudo preverse. Ya no se trata solo de evitar planificaciones fiscales agresivas o de corregir ciertos defectos del sistema sino de un cuestionamiento de los principios de la fiscalidad internacional y empresarial. Y, posiblemente, los poderes públicos españoles no podrán seguir confiando todo en el buen hacer de las organizaciones supranacionales o internacionales. Pero ha habido un aspecto de este cambio que ha llegado para quedarse. La percepción social de la elusión fiscal se ha trasladado al terreno de la aplicación del ordenamiento tributario como una nueva realidad social a tener en cuenta que rechaza negocios artificiosos que proporcionarían supuestamente ventajas fiscales que resultan inexplicables o derivadas de una aplicación cuando menos caprichosa del ordenamiento tributario en su conjunto y, en definitiva, del sistema fiscal.

Esta evolución tendría un efecto en la visión tradicional de las normas antielusión en nuestra doctrina tributaria. Esa tradición vinculaba las normas antielusión con el principio de legalidad conforme al cual nadie está obligado a pagar un tributo sino en virtud de una ley previa que le obligue a ello. No es casualidad la ubicación de las normas antielusión en la sistemática de la LGT ni la presencia entre ellas de la cuestión de la analogía en el artículo 14 de la LGT. Al contrario, tradicionalmente se había defendido que una norma general antielusión descansaba en una extensión permitida pero real del ámbito legalmente definido del hecho imponible. Existiría una cierta aplicación analógica de la norma tributaria, necesaria para evitar esa elusión fiscal pero necesitada de especial prudencia y de una interpretación restrictiva en su aplicación.

Sin embargo, hoy cabría decir que este enfoque hace en cierto modo supuesto de la cuestión. Coincidiendo con PALAO TABOADA²⁶¹, no cabe decir ante un supuesto de aplicación de una norma antiabuso que el contribuyente realmente no realizó el hecho imponible o no estaba obligado a satisfacer esa obligación tributaria cuando precisamente esto es lo que trata de dilucidar esa norma antielusión sin que la aplicación de la misma suponga ninguna extensión analógica de la ley tributaria ni exija mayor prudencia interpretativa de la que en general demanda cualquier ley que, como la tributaria, afecta a un derecho de una persona como es el derecho de propiedad.

Es más, hablando de interpretación, cabría pensar que muchos de los problemas tradicionales en la aplicación de las normas antielusión, proceden de una discutible concepción de la interpretación de las normas tributarias.

²⁶¹ Ver nota 39 anterior.

Frecuentemente, esos negocios abusivos no descansan en su propia artificiosidad sino en una artificiosa interpretación de las leyes tributarias. Como bien dice el artículo 12.1 de la misma LGT, las leyes o normas tributarias han de ser interpretadas como cualquier otra norma jurídica del ordenamiento español o de cualquier otro ordenamiento pues hablamos de principios de interpretación jurídica hoy generalmente aceptados en el derecho comparado. De esta manera, las normas tributarias deben ser objeto de una interpretación sistemática, alejada de la pura interpretación literal de cada aislado precepto. Y por supuesto, esa interpretación debe ser una interpretación finalista atenta al espíritu y finalidad de las normas aplicadas y del sistema fiscal en su conjunto.

Solo cuando los actos o negocios analizados descansan en una correcta interpretación de las normas tributarias, cabe hablar propiamente de la posible aplicación de las normas antielusión. Y en tal caso, a nuestro juicio, la norma general de último recurso es el artículo 15 de la LGT, es decir, el actualmente denominado conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Esta norma con su exclusión de la existencia normalmente de una infracción tributaria requiere que el acto o negocio haya sido adecuadamente calificado o denominado por las partes y que no adolezca de simulación. Ante una deficiente identificación del acto o negocio, la Administración debe recalificarlo de acuerdo con el artículo 13 en relación con el 115 ambos de la LGT. Asimismo, si el negocio adolece de simulación, en nuestro sistema la norma antielusión aplicable será el artículo 16 de la LGT con todas las consecuencias que ello supone. Cuestión distinta, sobre la que aún volveremos, es la relativa al concepto de simulación que ha recogido nuestro Tribunal Supremo.

Toda esta nueva realidad social tiene evidentemente sus riesgos y desde el punto de vista de la aplicación de las normas antielusión éstos son fundamentalmente dos.

- a) En primer lugar, nos encontramos ante lo que podríamos llamar el riesgo moral. Asumimos que inevitablemente la aplicación de una norma general antielusión va a descansar en una cierta concepción moral. Dicho con otras palabras, la aplicación de esa norma antielusión va a exigir una ponderación de los valores en juego y esa ponderación inevitablemente va a involucrar los criterios morales del aplicador de la norma y los que imperan en la realidad social del momento en el que se lleva a cabo esa aplicación. No nos llamemos a engaño; la aplicación de las normas en los tribunales de cualquier país se halla frecuentemente en esta misma tesitura y nos hallamos rodeados de ejemplos en estos momentos. La misma jurisprudencia del TJUE no ha dejado de estar presidida por el valor que el Tribunal ha considerado el más digno de protección de la propia construcción europea tal y como el Tribunal la entiende.

Ahora bien, en esa ponderación de intereses y valores, un tribunal debe ser especialmente prudente, dejarse guiar por el sentir social y alejarse del riesgo de confundir la moral generalmente aceptada con criterios más particulares. No debemos además olvidar, como ha advertido SANZ GADEA (2016)²⁶², que las obligaciones tributarias deben cumplirse y exigirse, exclusivamente, a tenor de las normas legales en vigor, sin que sea necesaria ni conveniente una genérica invocación a los límites morales.

- b) En segundo lugar, la situación a la que hemos llegado plantea un problema de seguridad jurídica en general. En el estado actual de la opinión pública no son pocos los que piensan que la elusión fiscal es sólo una cuestión de los grandes contribuyentes. Los propios poderes públicos han propiciado sin duda esta visión como parte de la idea de proyectar las exigencias de cualquier recaudación adicional sobre esos mismos grandes contribuyentes corporativos. Muchas veces esta invocación a los grandes contribuyentes parece descansar en la ilusión fiscal de pensar que esa recaudación adicional necesaria no va a ser soportada por nadie en concreto o por nadie que sienta esa carga fiscal.

La realidad sin embargo es más compleja. Más allá de casos claros de elusión fiscal, esa realidad supone que puede hoy resultar difícil saber cuáles son los límites de la correcta interpretación de las normas tributarias. Pensemos simplemente en el citado caso del uso de sociedades para actividades profesionales o ciertas actividades económicas cuya licitud parece haberse hecho descansar en la existencia de una sustancia económica que justifique el empleo de esa sociedad. Por un lado, resulta difícil saber cuál esa sustancia exigible y si ese criterio se mantendrá en el tiempo. Por otra parte, el propio criterio provoca situaciones tal vez moralmente injustas, volviendo al debate anterior, por la desigualdad desproporcionada que suponen entre el tratamiento fiscal de quien debe desarrollar su actividad personalmente y quien puede hacerlo a través de una sociedad.

Asumida, pues, esta inseguridad, la solución a nuestro juicio no puede venir de una mejor redacción de estas normas. Como hemos podido exponer, las normas generales antielusión han acabado teniendo una redacción similar y respondiendo a criterios semejantes en la mayoría de los ordenamientos comparados, planteando siempre los mismos problemas de inseguridad. Este tipo de normas sólo pueden ganar en seguridad jurídica gracias a su cuidada aplicación si ésta procura que situaciones semejantes reciban respuestas

²⁶² Eduardo Sanz Gadea, “Gastos financieros y principio de autonomía de la voluntad. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016”; *Revista de Liderazgo*, Universidad Loyola, entrada de 3 de noviembre de 2016.

semejantes siempre y que tales criterios se mantengan en el tiempo sin variar en función de quien aplique la norma o de cuales sean las circunstancias sociales en ese momento. Sólo así cabe dotar de previsibilidad al sistema.

Por supuesto, esa búsqueda de mayor seguridad jurídica en la aplicación de las normas antielusión podría encauzarse a través de fórmulas de relación cooperativa, es decir a través de una nueva concepción de las relaciones entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, que permita a estos conocer de antemano el parecer de la administración a través de una relación continuada entre la administración y los contribuyentes basada en los principios de transparencia y buena fe. La OCDE propició este enfoque²⁶³, que luego ha sufrido su propia crisis ante los problemas de igualdad y transparencia en su aplicación que plantea y los reparos puntuales de la Comisión europea en materia de ayudas de Estado. Pero, más allá de estas dificultades, a nuestro juicio, sólo cabe este camino en el futuro de las relaciones entre las administraciones tributarias y los contribuyentes.

Este camino podría incluir la idea explorada en otros Estados de introducir sistemas de declaración obligatoria de esquemas de planificación fiscal o sistemas de “*tax shelter disclosure*”. Ciertamente, se trata de una práctica existente sobre todo en los Estados Unidos y el Reino Unido que ofrece dificultades culturales de adaptación a otras tradiciones jurídicas, pero de la que siempre se pueden obtener experiencias de interés.

En el caso concreto de España, la aplicación de las normas antielusión ha tenido la peculiaridad de las dificultades inherentes a la distinción entre simulación, por un lado, y fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria, por otro. Ya hemos aludido reiteradamente a esta cuestión, que no tiene sólo un sentido técnico sino que adquiere una perspectiva práctica de gran trascendencia puesta en conexión con la existencia de infracción tributaria en casos de elusión fiscal.

Como puede verse claramente en los casos Hospital Recoletas de Castilla-León y Dorna Sports (SSTS de 12 de noviembre de 2014 y de 24 de febrero de 2016), la distinción entre simulación y fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria resulta incierta porque son imprecisos los límites entre ambas instituciones. Por este motivo, puede pensarse que no resulta adecuado que sea esa mera diferenciación la que determine la posible existencia de una infracción tributaria. Los propios votos particulares que acompañan a estas sentencias ponen de relieve esta duda sobre la propia constitucionalidad del sistema desde la perspectiva siempre delicada del principio de legalidad penal. Al mismo tiempo, tales votos particulares ponen en evidencia que esa

²⁶³ Ver: OECD (2013), *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing.

diferenciación es difícil pues no faltan opiniones entre ellos favorables a la ausencia de simulación en casos en los cuales el parecer mayoritario de la Sala fue favorable a la presencia de esta. Y esta diferencia de criterio no sólo responde a una diferente apreciación de los hechos sino sobre todo a una distinta concepción de lo que es la simulación y cuáles deben ser sus límites respecto de la elusión fiscal recogida en las figuras del fraude de ley o del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

El Tribunal Supremo ha recogido a efectos tributarios una noción amplia de simulación procedente de la jurisdicción civil. En la mayoría de los casos tributarios donde se ha apreciado la existencia de simulación negocial, no cabía entender que había existido una ocultación de la voluntad real de las partes. Estas habían realizado un negocio que en realidad habían querido llevar a cabo sin que hubieran pretendido tampoco realizar un negocio distinto que se había mantenido oculto frente a terceros. Sin embargo, el negocio cuestionado, que podía ser un negocio concreto inserto en un complejo negocial más amplio, se había celebrado por razones fiscales bien sin efectos económicos reales o bien siguiendo un camino juzgado artificioso frente al concebido como “normal”. En consecuencia, ese negocio se ha reputado como un negocio ilícito por ausencia de causa o por la ilicitud de la misma, afectada por ese fin fiscal preponderante. Y de esta forma se ha podido entender que era simulada la sociedad a través de la cual se prestaban servicios profesionales o el arrendamiento por el que una entidad del grupo promotora o adquirente de un inmueble cedía este a otra entidad operativa por una razón fiscal relacionada con la aplicación del IVA. Todo lo cual no ha impedido que con frecuencia operaciones similares cuando no idénticas se hayan considerado simuladas o realizadas en fraude de ley indistintamente.

A nuestro juicio, este problema se ha agravado como consecuencia de los sucesivos pasos que se han ido dando en la aplicación de las instituciones de la simulación y el fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. El legislador español siempre ha mantenido esta distinción en la LGT, bien entre la simulación y el fraude de ley, recogido en el artículo 24 de la LGT 1963, o bien entre aquella y el nuevo conflicto en la aplicación de la norma tributaria, definido en el artículo 15 de la LGT 2003. Pero es más; el legislador siempre excluyó la existencia de infracción tributaria en los casos de fraude de ley o de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, de forma que la existencia o no de infracción ante una elusión tributaria ha dependido en nuestro sistema de esa distinción entre las figuras de la simulación y la cláusula antielusión de cierre.

Adicionalmente, el Tribunal Supremo ha acudido a un concepto amplio de simulación, englobando en él los casos conocidos en la jurisprudencia civil de negocios nulos por ausencia o ilicitud de la causa. Pero el Alto Tribunal ha asumido que a pesar de esa amplitud dada a la noción de simulación, todos los

casos de simulación encierran la misma ocultación inherente. En consecuencia, se ha llegado a hacer ley de un razonamiento conforme al cual si se aprecia la existencia de simulación, hay propósito de defraudar y por lo tanto nos hallamos ante el dolo propio de un posible delito de defraudación tributaria. Para soslayar la existencia de ese dolo es preciso afirmar la ausencia de simulación pues parecería que simulación y dolo van unidos en todo caso. Y en el plano administrativo se ha repetido este mismo razonamiento a los efectos de considerar que la simulación excluye una posible falta de culpabilidad por una interpretación razonable de la norma, pues, por el contrario, lo que es inherente a la simulación es la ocultación, en concreto la del verdadero propósito negocial. En realidad, durante los últimos años no hemos podido salir de este debate en la aplicación de las normas antielusión.

En este debate subyace desde luego la impresión de que existen casos de elusión fiscal de especial gravedad que no pueden merecer la impunidad que supone la aplicación de una norma general antielusión que excluye por definición la existencia de una infracción tributaria y la imposición de la consiguiente sanción. Parecería así que se acude a la simulación como instrumento técnico para evitar esa impunidad, ante una ilicitud de la causa de los negocios controvertidos. Y acabamos en un juicio moral frecuentemente más complejo de lo que parece. Basta analizar las sentencias del Tribunal Supremo en el caso Dorna Sports para ver los términos del debate, incluyendo los planteamientos recogidos en los diferentes votos particulares.

El concepto de simulación manejado por el Tribunal Supremo en el ámbito tributario es correcto en nuestra tradición jurídica en la cual junto a la simulación negocial propiamente dicha se ha construido una más amplia nulidad de los negocios atendiendo a esa falta o ilicitud de la causa. Lo que resulta más discutible es prescindir en este recorrido de las consecuencias del amplio concepto que se maneja. La jurisprudencia civil ha distinguido de la simulación propiamente dicha otros supuestos de nulidad contractual cuando el propósito ilícito buscado por ambas partes en un negocio equivale a la ilicitud de la causa conforme al artículo 1275 del Código Civil. Por lo tanto, si el propósito perseguido es ilícito, el negocio no puede merecer la protección del ordenamiento y esa causa ilícita determina la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico. A partir de esta idea es fácil decir que el propósito fiscal principal de un negocio equivale a un propósito ilícito que supone la ilicitud de la causa y arrastra a la nulidad del negocio a efectos fiscales.

Pero en este viaje interpretativo hay que darse cuenta de que probablemente hemos abandonado el terreno de la simulación y hemos entrado en el terreno del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Ese negocio simulado por el propósito fiscal perseguido por las partes, que en el mundo tributario suelen obedecer a un único poder de decisión, no es distinto del negocio artificioso que no produce efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro

fiscal pretendido. O al menos habría que reparar en el hecho de que esa simulación no descansa en la ocultación de hechos o en una voluntad declarada distinta de la realmente querida por las partes sino en el propósito o fin fiscal del negocio que a lo más puede suponer una cierta ocultación de la finalidad fiscal de la operación pero no de los términos reales de la misma. Este “*economic sham*” puede ser un negocio simulado en nuestro ordenamiento pero debemos saber qué concepto de simulación utilizamos y qué supone la cláusula general antielusión en esta perspectiva cuando esa norma incluye negocios sin efectos económicos o “*non genuine arrangements*”.

Y todo este debate responde en realidad a la necesidad de aclarar las consecuencias punitivas de estas conductas. En este plano, entendemos que hoy no resulta útil a estos efectos la doctrina sobre la proscripción de la imposición de sanciones en casos de fraude de ley, pues las normas antielusión generales no descansan en ninguna verdadera extensión analógica del hecho imponible o del ámbito de las obligaciones tributarias. La cuestión es otra y pertenece al terreno del derecho fundamental a la legalidad sancionadora como garantía constitucional de *lex certa* en materia sancionadora. Se trata de una cuestión constitucional y de Derecho de la Unión Europea, donde destaca la contundente afirmación del TJUE en Halifax a la hora de exigir una base legal clara y exenta de ambigüedad como requisito para la imposición de una sanción.

Sin duda la solución en este campo no es fácil. Si aceptamos, como acepta el apartado 11 del preámbulo de la Directiva 2016/1164, que deben existir casos de elusión fiscal que constituyan o den lugar a una infracción tributaria, la cuestión estriba, siguiendo nuestra doctrina constitucional, en cómo determinar o tipificar la conducta sancionable de forma que sea previsible el alcance de la norma en materia sancionadora. Y una vez definida la norma que recoja el tipo, aunque sea por remisión, la aplicación de la misma debe evitar una interpretación de ese tipo o una subsunción de los hechos en el mismo que de nuevo vuelva a resultar imprevisible.

A nuestro juicio, la cuestión no puede soslayarse, como a veces se hace, entendiendo que quien realiza negocios guiado por una razón fiscal ya debe prever que tal conducta puede tener consecuencias en el plano sancionador. El propósito fiscal no puede dar lugar a una especie de dolo eventual. El ciudadano tiene derecho a organizar sus negocios teniendo en cuenta razones fiscales. Si la reacción del ordenamiento jurídico conduce a cuestionar la eficacia de tales negocios no puede argumentarse asumiendo que el ciudadano nunca pudo pensar razonablemente que actuaba de forma lícita cuando lo hacía con esa finalidad fiscal, aunque fuese entre otras.

La práctica pone de manifiesto que en muchos casos los límites entre lo admisible y lo abusivo distan de ser tan obvios como para dar por cumplido el requisito de previsibilidad salvo que se asuma algo que nadie ha admitido

explícitamente en España pero que parece aceptarse cuando se sugiere que existe un camino “normal” de hacer las operaciones económicas que no es otro que el camino que conduce a una tributación que una incierta moral pública reputa normal en un momento dado. Sin embargo, conviene recordar que tanto el TJUE como el preámbulo de la Directiva 2016/1164 han proclamado que existe un derecho del contribuyente a organizar sus negocios y operaciones reduciendo la carga fiscal o a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales.

Por otra parte, asumido en nuestra jurisprudencia un concepto amplio de simulación, tampoco debería descansar el análisis de la culpabilidad sobre la asunción de la ocultación inherente a la simulación cuando esa ocultación no aparece siempre en negocios sin causa o con una causa ilícita por la ilicitud del propósito perseguido por las partes.

Con todo ello, no hemos contestado a la cuestión de dónde debería radicar la punibilidad de ciertos casos de elusión fiscal. El legislador de 2015, al introducir el artículo 206 bis en la LGT, por medio de la Ley 34/2015, optó por hacer descansar en tipo infractor en la existencia de un criterio administrativo previo. Desde luego, la opción del legislador puede tener su razón de ser. Pero ofrece dos inconvenientes claros. El legislador asumió que la mera existencia de un criterio administrativo, incluso carente de firmeza, equivale a la claridad necesaria para la previsibilidad del tipo infractor, invirtiendo en apariencia la carga de la prueba a los efectos de la culpabilidad conforme a la nueva redacción del artículo 179.2 de la LGT. Por otra parte, el legislador no entró en la distinción entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria dejando que esta distinción siga en realidad soportando la existencia de una infracción tributaria. Por ello, en nuestra opinión, tal vez la infracción tributaria debería conectarse en estos casos más a la artificiosidad. Sin duda puede existir una infracción tributaria cuando haya existido una verdadera simulación por ocultación de los negocios realmente realizados. Y, con las dificultades inherentes a esta tarea, podría existir también una infracción tributaria cuando los negocios realizados hayan sido tan artificiosos que pueda entenderse probado que el sujeto infractor conocía o debía haber conocido que su conducta no quedaba amparada por una interpretación razonable del ordenamiento tributario.

6.4 La posible evolución de las normas generales antielusión

La verdad es que no son estos tiempos fáciles para la tarea de prever la evolución de cualquier realidad social. Por lo tanto, es difícil saber cuál va a ser la evolución del papel que las normas generales antielusión están llamadas a jugar en la aplicación de los sistemas fiscales. Puede sorprender que se haga esta afirmación en un momento en el que, como ya hemos advertido, parecería que se había alcanzado un consenso acerca de la necesidad de evitar planificaciones fiscales agresivas e indeseadas y utilizar para ello normas

generales antielusión. Como hemos visto, a nivel internacional y del derecho comparado se ha llegado a un consenso en favor de la presencia de normas antielusión basadas en la sustancia y en la justificación económica de las operaciones. El ordenamiento español se anticipó a esta tendencia mediante el artículo 15 de la LGT y a través de la propia interpretación que los Tribunales españoles han hecho tanto de las normas antielusión recogidas en la LGT como de otras normas específicas como la contenida en la regulación del régimen especial de operaciones de reestructuración. Y, sin embargo, la situación actual encierra un grado de volatilidad que afectará sin duda al papel y construcción de estas normas.

Pensemos que el cambio de perspectiva de los últimos años ha sido debido, entre otros factores, a la visión de la función de estas normas en el Derecho tributario internacional. Ha sido el terreno de la planificación fiscal internacional el que ha sido sometido a mayor escrutinio y, a partir de esta reacción, la OCDE inició el proyecto BEPS en cuyo seno apareció la acción 6 que, a su vez, condujo a modificaciones decisivas en el Derecho de la Unión Europea a través de la Directiva 2016/1164. En consecuencia, esta nueva visión de las normas antielusión nace con un cierto sesgo pues tales normas se contemplan desde un óptica internacional y con la vista puesta sobre todo en la aplicación del impuesto sobre sociedades. No podemos olvidar que aunque construidas como normas generales, tanto la recogida en la acción 6 del proyecto BEPS como en el artículo 6º de la Directiva 2016/1164, son normas en teoría específicas por su campo de aplicación, pues la primera se refiere sólo a la aplicación de un CDI y la segunda, a la del impuesto sobre sociedades.

Este sesgo hace que las normas generales antielusión puedan continuar siendo muy sensibles a la evolución futura de la imposición sobre la renta y, en particular, del impuesto sobre sociedades y las correspondientes reglas en el ámbito de la fiscalidad internacional. La planificación fiscal, sobre todo en el ámbito internacional, y la noción de elusión fiscal se han visto siempre desde esta perspectiva en la mayoría de los casos. Pensemos que la práctica norteamericana al respecto ha lidiado con temas sobre todo vinculados a la imposición sobre sociedades y que la fiscalidad internacional ha abordado sobre todo problemas de tributación de rentas de fuente extranjera o de personas no residentes.

Por ello, la noción de estas normas generales antielusión se vería afectada por un cambio radical en la concepción de la imposición sobre la renta o de la fiscalidad internacional, como puede suceder si se implanta y desarrolla el plan BEPS y más aún si asistimos a reformas más profundas como una armonización del impuesto sobre sociedades en Europa o una concepción de este impuesto que lo aleje definitivamente de la búsqueda del resultado

económico como magnitud a gravar²⁶⁴. Porque no podemos perder de vista que en la misma jurisprudencia del TJUE, la aplicación de la doctrina antielusión adquiere un tono diferente cuando hablamos del IVA, en lugar de hablar de la imposición sobre la renta o sobre el patrimonio.

La situación actual en definitiva nos obliga a hacer abstracción de esos posibles cambios más profundos para, siendo conscientes de ese riesgo, limitarnos a terminar estas páginas con algunas reflexiones sobre qué puede suceder en el inmediato futuro sobre ese papel de las normas antielusión, asumiendo, como hemos ya hecho, que ha llegado para quedarse un cambio que ha traído consigo un rechazo social más claro de planificaciones fiscales irracionales, una función más señalada para estas normas generales antielusión y una presencia de estos temas en la agenda política de los Estados y de las organizaciones internacionales.

A partir de aquí, la primera conclusión obligada sería que el ordenamiento español deberá adaptarse a la evolución expuesta. Esta adaptación supondrá contar con una norma general antielusión llamada a frustrar los efectos fiscales pretendidos por negocios realizados principalmente, o entre otros motivos principales, para obtener una ventaja fiscal, sin que la obtención de esa ventaja sea coherente con la correcta interpretación del ordenamiento tributario ni los negocios realizados tengan una justificación económica distinta y obedezcan a la organización racional de las actividades económicas teniendo en cuenta inclusive razones fiscales. Como hemos reiterado, el consenso internacional ha supuesto la consagración de una doctrina antielusión basada en (i) la interpretación finalista, sistemática y coherente de las normas tributarias, (ii) la exigencia de sustancia económica en los negocios que determinará su verdadera naturaleza, y (iii) la exigencia de motivos económicos válidos más allá de la mera búsqueda de una ventaja fiscal.

Inmediatamente hemos de preguntarnos si el llamado conflicto en la aplicación de la norma tributaria, es decir el artículo 15 de la LGT, recoge ya una norma antielusión de este tipo. Y la respuesta debe ser afirmativa. El artículo 15 de la LGT recoge una norma general antielusión en todo análoga a la definida actualmente en otros ordenamientos o en el artículo 6º de la Directiva 2016/1164. Por supuesto, en esta situación el legislador español tiene ante sí varias opciones. En primer lugar, puede optar por entender que el artículo 15 de la LGT sirve ya como trasposición de la Directiva, pues es posible que ésta se entienda incorporada por una norma antiabuso de aplicación no limitada al Impuesto sobre Sociedades. O bien podría el legislador retocar el artículo 15 de la LGT para aproximarle aún más a la redacción del citado precepto de la

²⁶⁴ Pensemos en el debate que a principio de 2017 se está iniciando sobre una posible reforma fiscal profunda en los Estados Unidos en cuyo seno se debata la viabilidad de un *Destination Based Cash Flow Corporation Tax*.

Directiva. Si esta fuese la opción del legislador, hemos de esperar que lo haga sin sentirse obligado a respetar la cuestionable terminología utilizada en la versión de la Directiva en lengua española. Finalmente, el legislador podría diferenciar las normas antiabuso del artículo 15 de la LGT y la llamada a trasponer el artículo 6º de la Directiva sólo en el Impuesto sobre Sociedades. Pensamos que esta opción sólo puede acarrear confusión sin evitar posiblemente una aplicación uniforme de ambas normas en nuestros tribunales. En todo caso, el verdadero problema reside en otro lugar.

En efecto, tanto si se entiende que el artículo 15 de la LGT incorpora ya la norma antiabuso de la Directiva ATAD como si se opta por ceñir más aun el precepto doméstico a la redacción del artículo 6º de aquella, deberemos dar una solución razonable a dos problemas colaterales. Por un lado, deberemos volver a analizar cuándo la aplicación de la norma antielusión conlleva la imposición de sanciones. Por otro, deberemos aclarar, en la LGT o en nuestra práctica administrativa y nuestra jurisprudencia, cómo cuadra la norma antiabuso armonizada con la dualidad presente en nuestra LGT, y tantas veces traída a colación, entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

En cuanto a lo primero, la Directiva parece dar total libertad a los Estados para decidir cuándo en su ordenamiento interno la aplicación de la norma antiabuso va acompañada de la apreciación de una infracción tributaria. Por lo tanto, el legislador español podría optar a estos efectos por mantener la decisión que tomó en la Ley 34/2015 y entender que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria supone una infracción tributaria en el caso previsto y tipificado en el artículo 206 bis de la misma LGT. Además, la existencia de simulación permitiría la apreciación de una infracción tributaria en los términos generales previstos en la LGT. En particular, la falta de ingreso o la obtención indebida de devoluciones en las autoliquidaciones tributarias constituiría una infracción tributaria cuando ello sea debido a la realización de negocios simulados salvo que concurra una causa de exclusión de la culpabilidad del sujeto infractor. En esta disyuntiva, el legislador probablemente optará por mantener la situación actual, dadas las dificultades que encierra en su experiencia abordar esta cuestión. Y habrán de ser los Tribunales quienes afronten la cuestión de si esta situación respeta el principio de legalidad penal como exigencia de *lex certa*.

Por lo que atañe al segundo punto, que en realidad se relaciona con el anterior estrechamente, el legislador español tiene dos opciones. Puede dejar las cosas como están, incluso en el caso de retocar la redacción del artículo 15 de la LGT, entendiendo que la noción de simulación ha sido en realidad una construcción jurisprudencial por lo que será la jurisprudencia la que deba reflejar las consecuencias de la evolución internacional y del Derecho de la Unión Europea. Y nuestro Alto Tribunal puede mantener su noción de simulación o matizarla. O podría el legislador optar por una norma antielusión

única que absorbiera a la simulación o bien solo a los llamados negocios con una causa ilícita o sin causa por su preponderante propósito fiscal.

Todas las dificultades expuestas en torno a la distinción entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma tributaria han llevado a defender doctrinalmente la conveniencia de incorporar a nuestro ordenamiento una única cláusula antielusión basada en los criterios modernos de sustancia y justificación económica de las operaciones. Ciertamente, la solución patrocinada hoy en el Derecho de la Unión Europea apoya esta idea si bien la misma no excluye tal vez la necesidad de introducir otros criterios para diferenciar aquellos supuestos merecedores del reproche presente en una infracción tributaria. Ello sería así por supuesto si se asume que la solución del legislador de 2015 ni es la más correcta ni sirve para luchar contra elusiones de cierta gravedad, cuando el artículo 206 bis de la LGT prevé que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria sea sancionable no en atención a la artificiosidad de los negocios sino a la existencia de un criterio previo de la Administración en relación con operaciones semejantes.

En todo caso, no puede olvidarse, como sucede con frecuencia, que estamos hablando de normas antielusión y que la elusión fiscal responde a un concepto distinto al de fraude o pura evasión fiscal, que descansa en la falta de declaración de unas rentas u operaciones o en la ocultación no de unos fines o motivos sino de unos negocios o transacciones que permanecen ajenos al conocimiento de la Administración tributaria. Cuando hablamos de elusión fiscal no puede haber bienes o activos no declarados y reflejados en su caso en la contabilidad de una entidad ni pueden existir otros pactos o acuerdos entre las partes distintos de los que se han manifestado frente a terceros y, en particular, frente a la Administración tributaria como un tercero. Así entendida la elusión fiscal, una norma antielusión basada en la sustancia y justificación económica de las operaciones, debería diferenciar de algún modo los negocios realmente simulados entendidos como aquellos que no adolecen de un mero defecto de su causa, sino que encierran la ocultación de los pactos o acuerdos realmente existentes entre las partes, cuya voluntad real es otra y distinta a la manifestada.

En nuestra opinión, de una forma u otra bien el legislador o bien los tribunales deberían diferenciar entre la simulación y los negocios sin causa y con un fin fiscal admitiendo que estos últimos se hallan en el terreno de la norma general antielusión tal y como ésta ha sido concebida en la doctrina del TJUE y en la Directiva ATAD. Todo ello sin perjuicio de las infracciones tributarias que quieran legislativamente tipificarse con la claridad exigida en términos constitucionales. Por supuesto, estas alternativas pueden quedar totalmente condicionadas si sigue adelante el deseo de la Comisión europea de ir a una armonización del impuesto sobre sociedades por medio de la Directiva sobre base imponible común, en la cual se opta por una norma antielusión única.

Sea cual sea la opción del legislador, los contribuyentes y quienes de cualquier forma apliquen el ordenamiento tributario han de acostumbrarse a la doble necesidad de atender a la sustancia económica de las operaciones y a la necesidad de disponer de una justificación económica de las mismas. Estos motivos válidos deben hallarse no solo en un negocio o complejo negocial sino también en todos y cada uno de los eslabones de ese negocio. Previsiblemente, esta técnica de interpretación de las normas tributarias tiene largos años de aplicación por delante. Unos años durante los cuales los ciudadanos contribuyentes parece que deberán acostumbrarse a los cambios en la realidad social con sus efectos en la aplicación de las normas y a la búsqueda de seguridad jurídica en tiempos de incertidumbre.

A nuestro juicio, las normas generales antielusión encierran inevitablemente un grado de incertidumbre en su aplicación. La obtención de seguridad jurídica pasa tal vez por recorrer dos caminos. Por un lado, la aplicación de estas normas exige observar los criterios observados en casos precedentes y mantener pues un elevado grado de unidad y coherencia en las decisiones de la Administración tributaria y de los Tribunales de justicia. Por otro lado, en este como en muchos otros campos somos partidarios de explorar la llamada relación cooperativa o el cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias. Frente a una aplicación de los tributos basada en el cumplimiento voluntario y el control a posteriori, la complejidad de la aplicación de los tributos sólo puede abordarse posiblemente con elevadas dosis de una relación permanente entre la Administración tributaria y los contribuyentes relevantes que descansa en la transparencia y la buena fe recíprocas.

- ALBALADEJO GARCIA, M. (2005): *La simulación*; EDISOFER, Madrid, 2005
- ALARCON, G. Y PRATS MAÑEZ, F. (Directores) (2002): *Elusión y evasión fiscal*; Universidad del Mar, Universidad de Murcia, Murcia, 2002.
- ALVAREZ BARBEITO, P. (2016): “Prestación de servicios profesionales a través de sociedades: la utilización atípica del método del precio libre comparable. Análisis de la Resolución del TEAC de 2 de marzo de 2016”; *Revista Quincena Fiscal*, núm. 20, noviembre 2016.
- ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J. (2000): *Ilícitos atípicos*; Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- ATIYAH, P.S. Y SUMMERS, R.S.: *Form and Substance in Anglo-American Law*; Oxford University Press, Oxford, 1987 (edición del año 2002).
- BÁEZ MORENO, A. (2016): “A pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the Dzodzi line of cases”; *British Tax Review*, 2016-2
- BÁEZ MORENO, A. (2016): “La cláusula del propósito principal (principal purpose test). Un análisis crítico de la acción 6 del proyecto BEPS”; *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 404, noviembre 2016.
- BASTANTE GRANELL, V. (2016): “La reforma francesa del derecho de contratos y obligaciones: presentación y estudio preliminar (1)”; *Actualidad Civil* número 9, septiembre 2016.
- BLANK, J.D. Y STAUDT, N. (2013): “Sham transactions in the United States”, en *Sham Transactions*, Edwin Simpson y Miranda Stewart, editores, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BLANK, J.D. Y STAUDT, N. (2012): “Corporate Shams”; *New York University Law Review*, volume 87, diciembre 2012, número 6.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. Y RUIZ ALMENDRAL, V. (2010): “La codificación de la “doctrina de la sustancia económica” en EEUU, como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el sustancialismo”; *Quincena Fiscal Aranzadi*, número 15/2010.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. (2016): “La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal”; *Quincena Fiscal*, número 6, marzo 2016.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. (2016): *La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso*

Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS; Documento AEDAF, octubre 2016.

CALDERON CARRERO, J.M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2017): “La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿el principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post BEPS?”; *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 407 2017.

CALVO VÉRGEZ, J. (2016): *La cláusula antiabuso tras la reforma tributaria*; Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CARRASQUER CLARI, M.L. (2002): *El problema del fraude a la Ley en el Derecho Tributario*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

CARRASQUER CLARI, M.L. (2014): “El “negocio indirecto”: ¿mecanismo antiabuso o falacia jurídica?”; *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2014.

CARRASQUER CLARI, M. (2016): “Una vuelta atrás en la configuración de la elusión fiscal”; *Carta Tributaria*, número 13, 2016.

CASTRO BRAVO; F. DE: *El negocio jurídico*; Civitas, Madrid, 2002.

CÉDELLE, A. (2016): “The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK perspective”; *British Tax Review*, 4, 2016.

DIMITROVA SLAVCHEVA, S. (2016): “Las facultades de comprobación e inspección en periodos prescritos en el marco del conflicto en la aplicación de la norma a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”; *Crónica Tributaria*, núm. 161, 2016.

DOUKAS. D. (2011): “Free Movement of Broadcasting Services and Abuse of Law”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S, Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011.

DOURADO, A.P. (2011): “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A Methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S., Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011

DUBUT, T. (2016): en *GAARs-A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*; Lang, M. y otros, Editores, IBFD, Amsterdam, 2016.

DRÜEN, K.D. (2016): en *GARRS- “A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World”*; IBFD; Amsterdam, 2016.

ESPEJO POYATO, I. (2013): *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*; Marcial Pons, Madrid, 2013.

EY ABOGADOS (2015): *Clausula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*; Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2015.

FERIA DE LA, R. y FOY, R. (2016): “Italmoda: the birth of the principle of third-party liability for VAT fraud”; *British Tax Review*, 3, 2016.

FOUQUET, O. (2016): “L’abus de droit et la sécurité juridique”; *Revue française de finances publiques*, núm. 130, abril 2015.

FREEDMAN, J. (2012): “GAAR as a process and the process of discussing the GAAR”; *British Tax Review*, 1, 2012.

GARCÍA NOVOA, C. (2004): *La cláusula antielusiva*; Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA PRATS, F.A. (2015): “Los límites a la planificación fiscal agresiva y el abuso de las normas tributarias”; *Revista Técnica Tributaria*, número 110, 2015.

GHOSH, J. (2011): “Cadbury Schweppes: Breach, Abuse Justification and Why They Are Different?”, en De la Rita, R y Vigenauer, S., Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011.

GONZÁLEZ GARCÍA, E. (2001): *El fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia*; Aranzadi, Elcano, Navarra, 2001.

GREGGI, M. (2016): “Action 6. In search of a compass. Base erosion, profit shifting and new dilemmas in international taxation”, en *Erosion de la base imponible y traslado de beneficios: estudios sobre el plan BEPS de la OCDE*; RAMOS PRIETO, J. Coordinador; Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GUTMANN, D. Y OTROS (2017): “The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey”; *European Taxation*, enero, 2017.

JELLUM, L.D. (2014): “Codifying and “miscodifying” judicial anti-abuse tax doctrines”; *Virginia Tax Review*, volume 33, 2014.

KEINAN, Y. (2006); “The COLI Cases through the Looking Glass of the Sham Transaction Doctrine”; TN, 2006, volumen 111, nº 3.

KEINAN, Y. (2007): “Rethinking the Role of the Judicial Step Transaction Principle and a Proposal for Codification”; 22 Akron Tax J. 45 (2007).

KORIAK, O. (2016): “The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?”; *European Taxation*, diciembre, 2016.

KREVER, R. (2016): “General Report”; en *GAARs-A Key Element of Tax Systems in the Post-Beps World*, Lang, M. y otros, Editores, IBFD, Amsterdam, 2016.

- LANG, M. (2011): “Cadbury Schweppes’Line of Case Law from the Member States’Perspective”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S., Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011.
- LANG, M. (2014): “BEPS Action 6: Introducing an antiabuse rule in Tax Treaties”; *Tax Notes International*, volumen 74, número 7, mayo 2014.
- LARRAZ, J. (1952): “Metodología aplicativa del Derecho Tributario”, *Revista de Derecho Privado*, 1952.
- LIFANTE VIDAL, I. (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LOUTZENHISER, G. (2013): “Sham in the Canadian courts”, en E Simpson y M. Stewart Editores, *Shams Transactions*; Oxford University Press 2013.
- LUCAS DURÁN, M. (2016): “Sanciones administrativas para algunas conductas de elusión tributaria: el nuevo artículo 206 bis de la LGT y posibles alternativas al mismo”; *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, Madrid, número 397, abril 2016.
- LYAL, R. (2011): “Cadbury Schweppes and Abuse: Comments”, en De la Feria R. y Vogenauer, S., Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011.
- MARÍN BENÍTEZ, G. (2009): *La relevancia jurídica de la motivación fiscal*; Dykinson, Madrid, 2009.
- MARÍN BENÍTEZ, G. (2013): *¿Es lícita la planificación fiscal?*; Thomson Reuters, Valladolid, 2013.
- McMCHAN, R. (2013): *Economic substance and tax avoidance: an international perspective*; Carswell, Toronto, 2013.
- MURRAY, R. (2012): *Tax avoidance*; Sweet and Maxwell, 2012.
- PALAO TABOADA, C. (1998): *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, número 182, 1998.
- PALAO TABOADA, C. (2009): *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*; Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PALAO TABOADA, C. (2015): “OECD Base Erosion and Profit Shiftig Action 6: The General Anti-Abuse Rule”; *Bulletin for international taxation*, octubre 2015.
- PALAO TABOADA, C. (2015): “El nuevo intento de sancionar la elusión fiscal del Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley General Tributaria”; *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 165, 2015.

PALAO TABOADA, C. (2016): “El abuso del derecho en materia tributaria en el Derecho comunitario europeo”; *Forum Fiscal* nº. 223, septiembre 2016.

PANAYI, C. (2015): *Advanced Issues in International and European Tax Law*; Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015.

PÉREZ ARRAIZ, J. (1996): *El fraude de ley en el Derecho Tributario*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

PISTONE, P. (2011): “Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: From (Before) Emsland-Stärke 1 to Halifax (and Beyond)”, en De la Feria, R. y Vogenauer, S. Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011.

PISTONE, P. (2016): “La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho tributario global”; *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 170, 2016.

PONT CLEMENTE, J.F. (2006): *La simulación en la nueva LGT*; Marcial Pons, Madrid, 2006.

REED, R. (2016): “Anti-Avoidance Principles Under Domestic and EU Law”; *British Tax Review*; 3, 2016.

RIGAUT, A. (2016): “Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”; *European Taxation*, noviembre 2016

RUIZ ALMENDRAL, V. (2006): *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen*; Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006

RUIZ TOLEDANO, J.I. (1998): *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*, Editorial CISS, Valencia, 1998.

SANCILIO, P. (2013): “Clarifying (or is it codifying?) the “notably abstruse”: step transactions, economic substance, and the tax code”; *Columbia Law Review*, vol. 113-138, 2013.

SANZ GADEA, E. (2001): *Medidas antielusión fiscal*; Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, Doc. Nº. 22/01.

SANZ GADEA, E. (2016): “Recuperación de la inversión y su rentabilidad en operaciones LBO. STS 24/02/2016”, entrada de 4 de mayo de 2016 en el *Blog del Master Universitario de Tributación y Asesoría Fiscal de la Universidad Loyola*.

SANZ GADEA, E. (2016): “Gastos financieros y principio de autonomía de la voluntad. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016”; *Revista de Liderazgo*, Universidad Loyola, entrada de 3 de noviembre de 2016.

SIMPSON, E. (2013): “Sham and purposive statutory construction”, en E Simpson y M. Stewart, Editores; *Shams Transactions*; Oxford University Press; 2013

TIPKE, K. (2002): *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*; Marcial Pons, Madrid, 2002.

VANISTENDAEL, F. (2011): “Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective”; en De la Feria, R. y Vogenauer, S., Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011.

VANISTENDAEL, F. (2016): “Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?; 70 *Bulletin for International Taxation* 3, Journals IBFD, 2016.

VAN RAAD, K., TRACANA, D Y RUIZ, E. (2016): “Interpretación de las normas y los tratados en la era pos-BEPS”; *Impuestos*, Legis, Bogotá, 2016.

WEBER, D. (2011): “Abuse of Law in the Contest of Indirect Taxation: Why We Need the Subjective Intention Test, When is Combating Abuse an Obligation and Other Comments”, en De la Feria, R y Vogenauer, S., Editores, *Prohibition of Abuse of Law, a New General Principle of EU Law?*; Hart Publishing, Oregon, 2011.

WERT ORTEGA, M. (2014): “La autonomía de la facultad de calificación tributaria del artículo 13 de la LGT. Análisis de la SAN de 6 de marzo de 2014, rec. núm. 121/2011”; *Revista de Contabilidad y Tributación*; CEF, número 376, julio 2014.

ZORNOZA, J.J. Y BÁEZ, A. (2016): “GAARs-An emerging trend in the tax landscape”, en *GAARs-A Key Element of Tax Systems in the Post-Beps World*, IBFD, Lang, M. y otros, Editores, Amsterdam, 2016.